

Rédacteurs en chef • Editors in Chief

Charles Kaplan ■ Charles Nairac

lextenso

Les
Cahiers
de
l'Arbitrage

The
Paris
Journal
International
Arbitration

2023 2

Éditorial

Editorial

Chaque numéro des *Cahiers de l'arbitrage* présente un mélange brillant et éclectique de contributions – une chimie subtile que nos fidèles lecteurs savent être le résultat d'un processus rigoureusement scientifique et d'un dosage fort savant dont les humbles rédacteurs ont le secret. Le numéro que vous tenez entre vos mains reflète en tous points cette approche mais, à titre tout à fait exceptionnel, s'en démarque à un égard. En effet, vos *Cahiers* ont souhaité faire honneur au continent africain et se sont donnés pour ambition de rassembler, en ce « numéro spécial Afrique », une collection de contributions de grande qualité, reflétant autant que faire se peut la diversité géographique et juridique du continent.

Les rédacteurs sont très reconnaissants à Laurence Kiffer, membre du Comité de rédaction des *Cahiers*, d'avoir eu la gentillesse de prendre, avec Charles Nairac, la direction de ce numéro spécial. Elle co-signe à ce titre le présent éditorial.

Dans l'esprit de ce numéro, nous ne pouvions nous satisfaire de simplement promouvoir la couverture de thèmes liés à l'arbitrage et au continent africain. Pour reconnaître et accompagner le mouvement de l'« africanisation de l'arbitrage », il nous est apparu fondamental de privilégier des auteurs non seulement issus du continent mais qui y sont restés pour pratiquer l'arbitrage. C'est la règle que nous nous sommes fixée, avec peu d'exceptions. En termes de méthodologie, nous avons donc ciblé une liste d'auteurs pressentis, quadrillant le continent du Caire au Cap et de Dakar à Port-Louis. Les auteurs approchés ont pour leur immense majorité accepté immédiatement et avec enthousiasme de contribuer un article.

Les esprits chagrins trouveront peut-être à récriminer sur l'absence de représentation de tel ou tel ordre juridique, ou du choix nécessairement limité des thèmes couverts. Nous leur concédons d'emblée ce manque de perfection, et regrettons en particulier la non-représentation dans ce volume de l'Afrique lusophone. Et, dans le même élan, nous admettons que les treize contributions de ce numéro spécial, dont les thèmes furent tous librement définis par leurs auteurs, ne sauraient donner une vision globale de l'arbitrage sur le continent. Mais là n'est pas l'ambition de cette initiative. Le souhait est plutôt, par la variété des thèmes abordés et des auteurs, qui ressortissent de onze pays africains différents (Afrique du Sud, Cameroun, République démocratique du Congo, Côte d'Ivoire, Égypte, Éthiopie, Île Maurice, Kenya, Maroc, Nigéria, Sénégal), de peindre une

toile illustrant, par une combinaison de grands traits et de touches pointillistes, la richesse et la profondeur de la réflexion émanant du continent sur des problématiques relevant de l'arbitrage international.

Voilà pour la méthode. Pour ce qui concerne le contenu, **Ndanga Kamau** pose la trame de fond de ce numéro par son article intéressant et audacieux qui se penche sur l'histoire trouble (« *murky* ») de l'arbitrage en Afrique. Son article s'accorde parfaitement avec celui de **Sally El Sawah** intitulé « *Retour sur l'africanisation de l'arbitrage* » consacré à la reprise en main par les pays africains du développement de l'arbitrage sur le continent, et qui présente en particulier la création récente de la zone de libre-échange continentale africaine (la ZLECAf ou, en anglais, AfCFTA – African Continental Free Trade Area).

De manière parfaitement complémentaire, **Funke Adekoya SAN** a pour sa part analysé la montée en puissance et l'évolution de l'arbitrage d'investissement en Afrique et s'intéresse de même à ce titre à la création de la ZLECAf ; entre autres réflexions elle n'a pu que relever le contraste entre le dynamisme arbitral du continent et la place trop modeste occupée par ses praticiens dans les procédures arbitrales le concernant.

La ZLECAf est aussi le tremplin qu'utilise **Marie-Andrée Ngwe** pour réfléchir aux perspectives de développement des modes alternatifs de résolution des litiges dans l'espace Ohada. Sans surprise, l'espace Ohada et sa Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) occupent par ailleurs une place importante dans les articles francophones de ce numéro : avec la rigueur qu'on lui connaît **Jimmy Kodo** nous met en garde sur le choix d'un siège hors de l'espace Ohada dans un arbitrage CCJA ; **Darly-Aymar Djofang** propose pour sa part un panorama magistral de la jurisprudence 2021-2022 de la CCJA en droit de l'arbitrage.

*
**

Unsurprisingly given how topical the subject is all over the world, several of the authors we approached to contribute to this special issue were interested in analysing the African approach to the independence and impartiality of arbitrators and the treatment of challenges to arbitrators. We are delighted that this issue features two contributions on that topic, one by a common law specialist and the other by a civil law practitioner: **Professor Emilia Onyema's** paper offers a survey of provisions regarding arbitrator disclosures and court decisions dealing with challenges for lack of impartiality and/or independence across national arbitration laws and arbitration rules of the common law jurisdictions in sub-Saharan Africa; **M. le Bâtonnier Joachim Bile Aka** presents an analysis of the notions of independence and impartiality within the OHADA jurisdictions, as they are defined in the law as well as in decisions of national courts relating to arbitrators' disclosure obligations and challenges to arbitrators for lack of independence and impartiality. We expect these two papers will greatly influence thinking on such matters in the relevant jurisdictions and beyond.

Turning to country-specific topics, **Othmane Saadani** has authored a welcome introduction to Morocco's new law on arbitration and mediation, enacted in 2022 and based on the UNCITRAL Model Law; the author has in particular usefully pointed out some features of the new law which in his view warrant clarifications or improvements. **Michelle Porter-Wright** and **Wihan Meintjes** offer a laser-sharp

analysis of the uncertain regime governing the confidentiality of arbitration in their home jurisdiction, South Africa, and propose an approach intended to account for the particular relevance of public interest and accountability in the South African context, which is likely to offer food for thought also to other jurisdictions on the continent and beyond. And hats off to **Anne-Sophie Jullienne** for her masterly presentation of jurisdictional issues arising in Mauritius out of disputes at the crossroads of insolvency and arbitration, which is informed by the solutions provided by the court of England, Singapore, Hong Kong and the British Virgin Islands.

We close this special issue with two industry-specific topics. It would have been odd not to cover the mining industry which is so important to so many countries on the continent. We are therefore thankful to **Mouhamed Kebe** for taking up the gauntlet and contributing an analysis of the evolution of arbitration in the mining industry in the OHADA jurisdiction. **Tsegaye Laurendeau** concludes with an article presenting important and interesting developments in the banking industry: in his paper on *The Changing Landscape of Banking Activities in sub-Saharan Africa: What This Means for International Arbitration*, he notes the expected penetration of arbitration in an industry which, in other parts of the world, is not (yet?) a keen user of international arbitration. Mr. Laurendeau's article thus articulates a perfect conclusion to this special issue by offering an insight into one of the ways in which Africa may soon guide international arbitration, in Africa and globally, beyond its current boundaries.

Charles KAPLAN

Charles NAIRAC

Laurence KIFFER

Sommaire

2023-2

Éditorial / Editorial

Charles KAPLAN, Charles NAIRAC et Laurence KIFFER..... 277

Numéro Spécial Afrique / Africa Special Issue

A Brief History of International Arbitration in Africa
by Ndanga KAMAU..... 285

Retour sur l’africanisation de l’arbitrage
par Sally EL SAWAH..... 299

The Rising Profile of Investment Arbitration in Africa
by Funke ADEKOYA SAN..... 313

Perspectives de développements des MARD dans l’espace OHADA
à l’aune de la ZLECAF – Réflexions
par Marie-Andrée NGWE..... 331

Sur les dangers de l’installation du siège d’un tribunal arbitral sous
l’égide de la CCJA en dehors de l’espace OHADA
par Mahutodji Jimmy Vital KODO..... 353

Panorama de la jurisprudence de la Cour commune de justice
et d’arbitrage en droit de l’arbitrage : années 2021 et 2022
by Darly-Aymar DJOFANG..... 363

Sub-Saharan African Courts Decisions on the Challenge of Arbitrators
by Emilia ONYEMA 389

Indépendance et impartialité de l’arbitre en droit de l’OHADA
par Joachim BILE AKA..... 409

La nouvelle loi marocaine sur l’arbitrage et la médiation de 2022
(loi 95-17)
par Othmane SAADANI..... 415

Confidentiality of arbitrations in South Africa – Towards (or away from) implied confidentiality?
by Michelle PORTER-WRIGHT and Wihan MEINTJES..... 423

Insolvency and arbitration under Mauritius law: an unfriendly relationship in search of certainty
by Anne-Sophie JULLIENNE 445

L’arbitrage des différends relatifs aux activités minières dans l’espace OHADA
par Mouhamed KEBE 459

The Changing Landscape of Banking Activities in sub-Saharan Africa: What This Means for International Arbitration
by Tsegaye LAURENDEAU..... 473

Numéro
Spécial Afrique | Africa Special
Issue

A Brief History of International Arbitration in Africa

Ndanga KAMAU¹

ABSTRACT

This paper attempts to fill a gap in legal scholarship by exploring the history of international arbitration in Africa. The paper investigates international arbitration broadly defined and distinguishes between commercial arbitration, investment arbitration and inter-state arbitration, as necessary. The first part of the paper explores international arbitration – and dispute resolution systems akin to international arbitration – in the pre-colonial era. The section begins by asking whether we can find some roots of arbitration in the ancient kingdoms and city-states of Africa – for example the Ghana, Songhai, and Mali Empires in west Africa. It also explores dispute resolution in traditional justice systems in Africa to identify mechanisms like arbitration. The second part maps the development of international arbitration from the eighteenth to the twentieth centuries, and looks at the influence of foreign trade, foreign settlers, and colonisation on international arbitration in Africa. The third section focuses on international arbitration after the wave of independence of African countries in the 1960s. In so doing, it considers the effects of different legal systems – civil law, common law, Islamic law, and customary law – economics, and politics on international arbitration in Africa. The fourth part turns to the twenty-first century and charts the rapid development of international arbitration in the first twenty-two years of this century. It also highlights how the past has shaped the present. Finally, the paper draws some conclusions and ends on a question: how might the past and present shape the future of arbitration in Africa?

“Africa gave us the blueprint for civilisation itself.”
Henry Louis GATES JR in *Africa’s Great Civilizations*

In *Africa’s Great Civilizations*, a television series which aired on the PBS channel in the United States, Prof. Gates travels across Africa telling forgotten stories of great ancient kingdoms and civilisations. From the Kingdom of Axum in north-east Africa, to Great Zimbabwe in the south, he sets out to revive the oft-forgotten

1. Ndanga KAMAU is an international lawyer based in The Hague, Netherlands. She sits as an arbitrator and advises clients on public international law, international dispute settlement, international arbitration, and private international law. E: ndanga@ndangakamau.com, W: <https://ndangakamau.com>.

pre-colonial history and culture of Africa. Other scholars have had similar quests to fill the gaps in the knowledge about Africa's ancient peoples. In *Great Kingdoms of Africa*,² edited by John Parker, the reader is treated to expositions on the Kingdoms of Ancient Egypt and Nubia, the Sudanic Empires of Ghana, Mali, and Songhai, the Yoruba and Benin Kingdoms, and much more. Another magisterial work, this time by the American Howard French,³ highlights the contribution of Africans to the making of the modern world. In *A Fistful of Shells*, Toby Green focuses on cultural transformations and economic inequality.⁴ These and other works on a general history of Africa follow in the footsteps of the pioneering General History of Africa Project (GHA) by the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organisation (UNESCO). The GHA corpus is currently available in eight volumes, with new volumes being developed.

A common lament amongst historians has been that there are few resources to work from when writing about African history. A dearth of written records and few archaeological finds have hindered writing about African history. What history has been written has often focused on a few regions, such as ancient Egypt, where resources have been plentiful. But in recent times, there is more material being written about the history of African cultural practices, art, trade and architecture. Yet, there are no works about African legal history. If law is an aspect of civilisation, then the study of African civilisations remains incomplete for as long as the legal histories of Africa remain unwritten – especially the legal histories before colonisation.

There can be little doubt that African kings, queens, chiefs, and councils of elders played an integral role in resolving disputes in African societies throughout time. Dispute resolution in earlier times might have been a mixture of mediation and what we might today call arbitration. As Islamic law was introduced to Africa and Europeans extended their laws to their African territories, these new laws combined with African laws to create mixed systems of law that persist today. A legal history of Africa while welcome, is beyond the scope of this paper. This paper has more modest ambitions – to briefly chart the development of international arbitration in Africa. It will do so by weaving through commercial, investment and inter-State arbitration. This approach aims to leave the reader with an impression of the key moments and developments in international arbitration in Africa over the last few centuries. The paper starts by looking at the period between antiquity and the middle ages to discern whether we can identify the roots of international arbitration. It then turns to the impact of the dramatic changes occasioned by European trade, settlement, and colonisation between the eighteenth century and the early twentieth century. Next, it looks to the history of international arbitration after independence. Finally, it turns to the recent history in the twenty-first century.

Throughout this piece, the author is conscious of the audacity and futility of writing about Africa as a monolith. A region so geographically vast, and so culturally and legally diverse renders any general history of Africa meaningless. But

2. John Parker (ed.) *Great Kingdoms of Africa*, Thames Hudson (2023).

3. Howard W. French, *Born in Blackness: Africa, Africans, and the Making of the Modern World, 1471 to the Second World War*, Liveright Publishing Corporation (2021).

4. Toby Green, *A Fistful of Shells*, Penguin Books (2019).

to increase our understanding of the region, it is useful to aggregate. As the reader will see, specific examples are used to illustrate general points. Also, specific examples are sometimes used to generalise – not always successfully.

I. – Antiquity to the Middle Ages⁵

Most of Africa during antiquity and the Middle Ages remains opaque even to historians of that period. We are told that a series of Kushitic Kings followed by Persians and Ptolemies ruled Ancient Egypt.⁶ Little is known about dispute resolution in this period, but, like in later civilisations, disputes were likely to have been related to succession, territory, family matters, trade and commerce. Not much more is known about dispute settlement in the successive Sudanic Kingdoms of West Africa – Ghana,⁷ Mali, and Songhay. These kingdoms were at the centre of the gold trade in West Africa North African traders risked their lives by crossing the Sahara Desert so they could access west African gold for trade with Europe. Such long-distance trade of a valuable resource is bound to have led to disputes and conflicts. One of the kings of the Ghana kingdom is reported to have dispensed justice *“while dressed in sensational trappings and during the course of awe-inspiring ceremonies”*.⁸ Could a trader in the Sudanic Kingdoms of Ghana, Mali, and Songhai have had recourse to an adjudicator if a buyer refused to pay for a caravan of gold, salt, or copper? Would the trader have chosen a different decision-maker if the recalcitrant buyer hailed from a neighbouring city, Islamic North Africa, or, even farther away, from a Spanish city on the Mediterranean coast? Would the decision rendered by the adjudicator have been binding and enforceable? We may never know.

While little detail of dispute resolution in that period exists, there is at least one account of creative dispute prevention. In the Solomonian Christian Kingdom of Ethiopia, to prevent disruption caused by succession struggles, the great warrior king, Amda Seyon, established a royal prison to host potential heirs of the reigning king.⁹ Imprisonment, while an extreme form of dispute prevention, was successful in this context.

Historical material from this period in African history does not allow us to ascertain that origins of international arbitration can be found here. But we cannot rule it out. We would not be surprised to find systems of dispute resolution that involved binding decisions rendered by third parties in hierarchical societies. Especially those in which kings, queens, and other leaders often claimed divine or sacred powers. We can speculate about the existence of these systems in Africa, as others have done it elsewhere. Writing about the early twentieth century, Wolaver noted that:

“The origin of arbitration is lost in obscurity. At what time or place man first decided to submit to his chief or to his friends for a decision and a settlement

5. These are classifications used in European history (roughly between the 8th century BCE to 1500 AD).

6. Great Kingdoms of Africa, p. 30.

7. Geographically located in present day Mali and Mauritania, rather than the Ghana of today.

8. Great Kingdoms of Africa, p. 73.

9. Great Kingdoms of Africa, p.93-94.

with his adversary, instead of resorting to violence or to the public legal machinery available, is not known; and any inquiry of this sort would belong more properly in the history of social growth and ethics than in either law or economics.”¹⁰

This view, especially as related to trade, was supported by Lord Mustill when he observed that:

“Commercial arbitration must have existed since the dawn of commerce. All trade potentially involves disputes, and successful trade must have means of dispute resolution other than force. From the start, it must have involved neutral determination, and an agreement, tacit or otherwise, to abide by the result, backed by some kind of sanction. It must have taken many forms, with mediation no doubt merging into adjudication. The story is now lost forever.”¹¹

Roebuck’s celebrated ‘Sources for the History of International Arbitration: A Bibliographical Introduction’¹² does not yield much on the history of international arbitration in Africa. It lists only seven sources, one of which laments the “dearth of literature pertaining to the function of arbitration as a mechanism for the settlement of disputes in general and of commercial disputes in particular in Africa”.¹³

The fog starts to lift in later periods.

II. – Eighteenth Century to the Early Twentieth Century

Contact between Africans and Europeans intensified between the eighteenth and twentieth centuries. At first, the visitors came to trade and explore. But commerce quickly turned to conversion and colonisation. As the Belgians, British, French, Italians, Portuguese, and even the Germans (for a while) prolonged their stays across Africa, so too did they need to develop legal systems – to govern, facilitate trade, and, ostensibly, to civilise. The newcomers found much more resistance to the new laws than they had anticipated and, at least in the British and French colonies, there emerged dual legal systems – one based on customary laws and another based on European laws.

The French developed a complicated legal system where customary rules applied to natives and French law applied to French citizens. French citizens could also include natives who had been granted French citizenship for being of mixed ancestry, or for other reasons.¹⁴ The French, who were quite explicit about

10. Earl S. Wolaver, *The Historical Background of Commercial Arbitration*, University of Pennsylvania Law Review, (1934), p.132.

11. Michael John Mustill, *Arbitration: History and Background*, Journal of International Arbitration.

12. Derek Roebuck, *Sources for the History of Arbitration: A Bibliographical Introduction*, Arbitration International, Vol. 14, Issue 3 (1998), pp. 237-344.

13. S Azadon Tiewul & Francis A. Tsegah, *Arbitration and the Settlement of Commercial Disputes: Selective Survey of African Practice*, International and Comparative Law Quarterly (1975), p. 394.

14. See for example, Kwame Opoku, *Traditional Law Under French Colonial Rule*, Law and Politics in Africa, Asia and Latin America, Vol. 7, No. 2 (1974), pp. 139-153; Emmanuelle Saada,

their civilisation mission, made no secret of what they thought about customary systems of dispute settlement. According to Ernest Roume, a governor general in West Africa in the early twentieth century, “to institute a fair and humane system of justice and guarantee the rule of law, it was necessary for colonizers to wield ultimate power to settle disputes.”¹⁵ So, while the French established new courts, which would respect African customs, their officials soon set about modifying customary laws so that they would conform with the natural law as understood by them.¹⁶ In tandem, they imposed French laws in the territories they controlled, including through the Napoleonic Code of Civil Procedure. The extension of French law to its African territories had a twist. The arbitration-related provisions of the code of civil procedure were not extended to the French colonies in Africa.¹⁷ This was despite the extension of a French commercial law in 1925, which recognised arbitration agreements in commercial matters.¹⁸ In Mauritius, a French colony in the nineteenth century, then known as *Isle de France*, before becoming a British one, the legal regime for arbitration was governed by the *Code Napoléon*.¹⁹ When the *Isle de France* fell to the British, the Capitulation Treaty stated that citizens could maintain their laws. The Napoleonic Code remains applicable in present-day Mauritius, but as we will see later in this paper, the arbitration regime in Mauritius has evolved to include the UNCITRAL Model Law.

The British, who were somewhat more circumspect about their intentions in Africa, may have approached the colonisation project differently, but its effect was the same. British officials were indefatigable in their quest to ensure that ‘natural justice’ was respected in their protectorates and colonies. So, even though they, like the French, set up a system of native courts which applied customary law, they were frustrated by their inability to create order in a context of perceived disorder. The native courts, which were colonial structures, consolidated the authority of local chiefs to resolve disputes using customary law. Ultimately, by indirectly exercising authority over the natives using colonial structures – a hallmark of British indirect rule²⁰ – the British shaped the development of customary law. While Britain was acquiring protectorates and colonies in Africa and extending its laws to far-flung territories, England had a long-established statutory framework for international arbitration.²¹ The Arbitration Act of 1698 was enacted to supplement the common law on international arbitration. It was modified at least once before the United Kingdom acquired its territories in East Africa. For example, Kenya, which became a British protectorate in 1895, had a general law that included the English Arbitration Act 1889.²²

Empire's Children: Race, Filiation and Citizenship in the French Colonies, University of Chicago Press (2012).

15. Fernanda Pirie, *The Rule of Laws: A 4000-Year Quest to Order the World*, p. 358.

16. Fernanda Pirie, *The Rule of Laws: A 4000-Year Quest to Order the World*, p. 359.

17. Roland Amoussou-Guenou, *The Evolution of Arbitration Laws in Francophone Africa*, *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation, and Dispute Management*, p. 62.

18. *Ibid.*

19. *Mauritian International Legislation Handbook* (2014), p. 11.

20. For an example of the indirect rule, and analysis of customary law by Europeans, see Max Gluckman, *The Judicial Process among the Barotse of Northern Rhodesia*, Manchester University Press (1955), pp. 15-24.

21. Arbitration Act 1698, also known as the Locke Act named after John Locke, who drafted it.

22. Government Publications relating to Kenya (including the East Africa High Commission and East Africa Common Services Organisation) 1897-1963, Publication no. R96995.

The Dutch Cape Colony in South Africa, administered by the *Vereenigde Oosindische Compagnie* (VOC) left behind a legacy of Roman-Dutch law. Like the French and British, the Dutch initially applied Roman-Dutch law to themselves, but soon started applying it to the natives as well. Arbitration there was initially based on the uncoded Roman-Dutch law principles, but gave way to an English model of international arbitration when the provinces of the Cape of Good Hope, Transvaal and Natal enacted their own arbitration laws,²³ influenced by the English Arbitration Act 1889.²⁴ Later, in 1965, South Africa would introduce a single arbitration act for the whole country, based on the English Arbitration Act 1950.

What did all this mean for dispute resolution and international arbitration in Africa? Two observations about the *status quo* at independence are relevant for our purposes. Firstly, by the time African countries became independent from the British, French, and Belgians, the records of the substance and procedure of customary law had been written by the newcomers, not by the natives. So, much knowledge of practices akin to present-day arbitration could have been lost or misinterpreted during the transition. Secondly, the regime for international arbitration at independence, where it existed, was drawn from the colonial powers. Where the regime was established soon after independence, it was also heavily influenced by the colonial powers. It is useful to contrast former European colonies with Liberia, which was established as a territory to resettle slaves in the eighteenth century. There, arbitration was not recognised in the legal system until recently.²⁵

Records of commercial disputes decided by arbitration in Africa during the eighteenth century are difficult to locate. Where they exist, they show that practice of international arbitration in the colonies was influenced by practice in the home countries. For example, in British colonies, lawyers and judges referred to case law in England.²⁶ Yet, often separately from the commercial realm, a different type of arbitration was already taking place with, often, more fanfare and higher stakes – international arbitration between states related to African borders and territories. These arbitrations were usually related to border and territorial disputes, where arbitration had already been agreed as a mechanism for dispute settlement in a treaty. The range of issues resolved by arbitration include a dispute about the independence of Zanzibar from Oman,²⁷ a border delimitation between the South African Republic (Transvaal) and the Orange Free State in South Africa,²⁸ a maritime delimitation between the United Kingdom and Portugal related to East African territories,²⁹ a border dispute between the United Kingdom and the South

23. Arbitration Act 29 of 1898 (Cape of Good Hope); Arbitration Ordinance 24 of 1904 (Transvaal); and Arbitration Act 24 of 1898 (Natal).

24. DP Rantsane, *The Origin of Arbitration Law in South Africa*, Potchefstroom Electronic Law Journal, Vol. 23 No.1 (2020).

25. The regime for international arbitration in Liberia is contained in Chapter 64 of their Civil Procedure Law.

26. See for example, *A.V Roussous Ltd v CJ Valentine &Co. and C.J Valentine (Uganda) Ltd*, 1968 (2) A.L.R. Comm. 178.

27. Arrangement for the Settlement of Differences between the Sultan of Muscat and the Sultan of Zanzibar, and the Independence of their respective States, decision (2 April 1861).

28. Sentence arbitrale relative à la délimitation de la Frontière entre la République Sud-Africaine (Transvaal) et l'État libre d'Orange, 21 avril 1870, UNRIAA, Vol. XXVIII, pp. 125-130.

29. Sentence arbitrale relative aux requêtes de la Grande Bretagne et du Portugal sur Certains territoires de la côte Est de l'Afrique appartenant autrefois aux Rois de Tembe et Mapoota, incluant

African Republic (Transvaal),³⁰ a territorial dispute between the United Kingdom and Germany about the island of Lamu,³¹ and a dispute between France and United Kingdom about zones of influence in West Africa.³²

In the nineteenth century, major European states had accepted international arbitration as a mechanism to resolve international disputes. The *Alabama Claims* arbitration³³ is often cited as the watershed moment when states accepted arbitration, not war, to resolve disputes between themselves. The British, French, Portuguese, and others accepted international arbitration to resolve disputes between themselves. But even where these disputes related to African territories, Africans were not involved. The exclusion of Africans is evident in their absence from The Hague Peace Conferences of 1899 and 1907. Only later in their histories could African states become signatories to the Convention for the Pacific Settlement of International Disputes of 1899, as modified in 1907. As we will see later, African states have relied on the procedural legal framework created by the Peace Conferences to resolve disputes between themselves, and with non-African states.

The legal framework for the other type of international arbitration – investment arbitration – had not yet been established. It was not until the first half of the twentieth century that states recognised, and accepted as some may say, that an individual could directly make a claim against a state under international law.

III. – Independence and Beyond

After the Second World War, the independence of African and other states from the European powers became inevitable. When it eventually happened, the dispute resolution framework in African countries was a mix of the legacy of colonial-era laws and of new international obligations. International arbitration as a mechanism for resolving disputes became most poignant in disputes between African states and foreign investors. There was broad consensus that foreign investment was needed for development, despite ideological differences in other areas of political and economic governance. The promise of the new international economic order was not realised. African states had to find other ways of reassuring investors that

les îles de Inyack et Éléphant (Baie de Delagoa ou Lorenzo Marques), 24 juillet 1875, UNRIAA Vol XXVIII, pp. 157–161; Arbitral award between Portugal and the United Kingdom, regarding the dispute about the sovereignty over the Island of Bulama, and over a part of the mainland opposite to it, 21 April 1870, UNRIAA Vol XXVIII, pp. 131–139; Arbitration between Great Britain and Portugal as regards questions relative to the delimitation of their spheres of influence in East Africa (Manica Plateau) Decision of 30 January 1897, UNRIAA Volume XXVIII, pp. 283–322.

30. Award as to the Boundary between the United Kingdom and the South African Republic (Transvaal), 5 August 1885, UNRIAA Vol XXVIII, pp. 185–188.

31. Arbitration entre l'Allemagne et le Royaume-Uni concernant l'Île de Lamu, 17 août 1889, UNRIAA, Vol. XXVIII, pp. 237–248.

32. Arrangement entre la Grande-Bretagne et la France afin de délimiter leurs Zones d'influence respectives dans la région du Niger, UNRIAA, Vol. XXVIII (26 juin 1891), pp. 255–258.

33. *Alabama Claims of the United States of America Against Great Britain*, Award of 14 September 1897, UNRIAA, Vol. XXIX, pp. 125–134.

their investments, mostly long-term investments in natural resources, would be safe. In response, the World Bank supported the establishment of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) to serve as a neutral forum for the settlement of disputes between investors and states. It was envisaged that most of the disputes would arise out of investment contracts. In Africa, such contracts remain a major source of investment disputes – as do domestic investment laws – in contrast with other regions of the world.³⁴

When states started concluding bilateral investment treaties (BITs), some African countries signed up to these new instruments. The first BIT involving an African state was the Germany-Togo BIT (1961).³⁵ This BIT, like many BITs at the time, contained provisions for inter-state arbitration, but not investor-State arbitration. When the BITs started to include provisions for investor-State disputes, African states continued to sign them. History shows that African states embraced international arbitration because they were convinced, including through the experience of negotiating investment contracts, that any disputes would be resolved in a neutral forum, which arbitration provided. The focus on nation-building and development that can result from attracting foreign investment remains a preoccupation of African states. African states were quick to sign and ratify the ICSID Convention, and it is they who ensured that the convention got the 20 ratifications that it needed to enter into force.³⁶

The other major multilateral instrument of the twentieth century that is relevant to international arbitration is the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (the New York Convention). At the time the Convention was signed, on 10 June 1958, only nine African countries were independent.³⁷ By the time the Convention entered into force on 9 March 1959, Guinea had also gained independence, and Morocco and Egypt had acceded to the New York Convention.³⁸ During the rest of the twentieth century, 24 more African countries acceded to the New York Convention. Djibouti, uniquely, succeeded to the convention in 1983.

The history of international commercial arbitration laws in Africa is almost as varied as the states in Africa. After independence, there was some similarity in approach, broadly determined by colonial heritage, but this was not the only determining factor. African states were not alone in lacking a framework to guide them as to which arbitration laws they should adopt. The United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) was established in 1976 and its model law was only approved by the UN General Assembly in 1985. Eight African countries adopted this version of the UNCITRAL Model Law between 1998 and 2000.³⁹ Soon after the Model Law was adopted, a group

34. Spotlight on Contract-based Disputes at ICSID, (<https://icsid.worldbank.org/node/20966>).

35. Togoland was a German protectorate from 1884-1914. Togo gained independence from France in 1960.

36. Antonio R. PARRA, *The Participation of African States in the Making of the ICSID Convention*, ICSID Review, Vol. 34, No. 2 (2019), pp. 270-277.

37. Liberia (not colonised, became a republic in 1847), South Africa (1910), Egypt (1922), Ethiopia (not colonised, although briefly occupied), Libya, Sudan, Morocco, Tunisia, and Ghana.

38. Egypt (9 March 1959), Morocco (12 February 1959).

39. Nigeria (1990), Tunisia (1993), Egypt (1994), Kenya (1995), Zimbabwe (1996), Madagascar (1998), Uganda (2000), and Zambia (2000).

of African countries, comprising mostly of former French colonies, embarked on an ambitious project to harmonise their business laws. The result was the formation of the *Organisation pour l'harmonisation en Afrique du Droit des Affaires* (OHADA)⁴⁰ – the Organisation for the Harmonisation of Business Law in Africa in English. One of the laws introduced by OHADA was the Uniform Arbitration Act (UAA), first adopted in 1996 and revised in 1999 and 2017.⁴¹ The UAA is the arbitration law of the 17 OHADA member countries. Before OHADA, some former French colonies that did not have arbitration provisions in their civil codes, adopted new provisions at independence.⁴² For the other African countries, during the rest of the twentieth century, they maintained legislation that they had adopted soon after independence – not always having a dedicated arbitration law – or having adopted arbitration laws that were influenced by the UNCITRAL Model Law.⁴³

African states continued to use international arbitration to resolve disputes between themselves. Two illustrative examples involve disputes related to Guinea-Bissau's maritime boundaries. The first is a dispute between Guinea-Bissau and its southern neighbour – Guinea.⁴⁴ The parties referred the dispute to arbitration pursuant to a *compromis* they signed on 18 February 1985. The arbitral tribunal⁴⁵ was asked to decide three issues: (i) whether the Agreement between France and Portugal signed on 12 May 1886 decided the maritime boundary between their respective possessions in West Africa; (ii) the value of the protocols and documents annexed to the convention (*travaux préparatoires*) for interpreting the convention; and (iii) depending on the answers to these questions, determination of the maritime boundary between Guinea and Guinea Bissau. The Tribunal decided that the 1886 agreement had not determined the boundary, that the protocols and documents annexed to the convention had a significant role in the legal interpretation of the convention, and then proceeded to delimit the boundary between the two states.⁴⁶

The second example is a dispute between Guinea-Bissau and its northern neighbour – Senegal. This time, through a *compromis* dated 12 March 1985, the arbitral tribunal⁴⁷ was asked to decide whether an exchange of letters dated 26 April 1960 about the maritime boundary between the two states was binding. If the answer was negative, the tribunal had to determine the maritime boundary between the two states.⁴⁸ The majority of the tribunal found that the

40. OHADA, Treaty of 17 October 1993.

41. Uniform Arbitration Act (UAA), (www.ohada.org).

42. Ordinance of 28 July 1967.

43. See for example, Zanzibar (Arbitration Cap 25 Laws of Zanzibar (1928), Arbitration Clauses (Protocol) Cap 26 Laws of Zanzibar (1926), Arbitration (Foreign Awards) Cap 27 Laws of Zanzibar (1931)), Botswana (1959), Namibia (1965), Malawi (1967), Seychelles (1977), Lesotho (1980), and Mozambique (1999).

44. Case concerning the delimitation of the maritime boundary between Guinea and Guinea-Bissau, Award of 14 February 1985, UNRIAA, Volume XIX.

45. Kéba Mbaye (Guinea), Mohamed Bedjaoui (Guinea-Bissau), Manfred Lachs (joint appointment).

46. Para 130 of the award.

47. Andre Gros (Senegal), Mohamed Bedjaoui (Guinea-Bissau), Julio A. Barberis (joint appointment).

48. Article 2 of the *compromis* (12 March 1985).

exchange of letters was binding on the parties. A dissent by Mohamed Bedjaoui, the arbitrator appointed by Guinea-Bissau, evoked the effects of colonisation in fomenting the dispute. The matter did not stop there. Guinea-Bissau, to circumvent the finality of the award, pursued the matter at the International Court of Justice.⁴⁹

Turning to investment arbitration, which is only briefly mentioned here as it is covered elsewhere in this special edition, we see that African states have increasingly become respondents in disputes involving foreign investors as claimants. Here, one can distinguish between disputes arising out of investment contracts between investors and states, disputes arising out of BITs concluded by African states and the home states of investors, and disputes based on domestic investment laws. In the 1970s and 1980s an African state – Libya – was at the centre of the controversy about the internationalisation of contracts.⁵⁰ In *Texaco v Libya*,⁵¹ a claim arising out of Libya's nationalisation of a foreign investor's interests, the concession contract at issue referred to general principles of international law. The sole arbitrator determined this reference was enough to conclude that Libya contemplated a law other than its domestic law to apply to the contract, and went on to decide that public international law was the proper law of the contract.⁵² At the time, this decision was controversial. In recent times, the internationalisation of contracts is a moot point because investment contracts routinely include clear choice-of-law clauses. Many investor-State disputes in Africa continue to be based on investment contracts, but this area remains understudied.⁵³ In contrast, disputes arising out of BITs have captured the imagination of commentators in Africa, as elsewhere. The vague, broad provisions in the earlier generations of BITs have allowed investors to claim that states have breached a wide range of obligations. Many of these obligations, states argue, had not been foreseen at the time of

49. Guinea-Bissau asked the ICJ to find that the decision in the award was non-existent because one of the arbitrators making up the majority had appended a declaration contradicting the majority decision, that the decision was null and void because the tribunal did not answer the second part of the question posed to it, and finally that Senegal was not justified in asking Guinea-Bissau to apply the award. The ICJ rejected Guinea-Bissau's applications and found (by majority) that the arbitral award of 31 July 1989 was binding on Guinea-Bissau and Senegal.

50. Christopher Greenwood, *State Contracts in International Law – The Libyan Oil Arbitrations*, *The British Yearbook of International Law* 1982, Volume 53, Issue 1 (1982); Muthucumaraswamy Sornarajah (2015), *The precursor of neoliberalism: Internationalization of foreign investment contracts*. In *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment* (pp. 78-135). Cambridge: Cambridge University Press; Sornarajah, Muthucumaraswamy, "The Battle Continues: Rebuilding Empire through Internationalization of State Contracts", in Jochen von Bernstorff, and Philipp Dann (eds), *The Battle for International Law: South-North Perspectives on the Decolonization Era, The History and Theory of International Law* (Oxford, 2019; online edn, Oxford Academic, 19 Dec. 2019); Lim, C., Ho, J., & Paparinskis, M. (2021). *Investment Contracts and Internationalisation*. In *International Investment Law and Arbitration: Commentary, Awards and other Materials* (pp. 37-56). Cambridge: Cambridge University Press

51. *Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v The Government of the Libyan Arab Republic* (Award of 1977).

52. See also, In the related cases, *Libyan American Oil Company (LIAMCO) v Libya*, Award of 1977 in which the sole arbitrator, Dr Sobhi Mahmassani decided that the proper law of the contract was Libyan law moderated by international law and *BP Exploration Company (Limited) v Libya*, Award of 1973 in which Judge Gunner Lagergren decided that the proper law of the contract was general principles of law.

53. The author is working on research project in which she studies these disputes. The research should be published in 2024.

signing the treaties. The debate here often centres around balancing the state's right to regulate with the investor's right to predictability and certainty as set out in the BIT.⁵⁴

IV. – Twenty-first Century

The twenty-first century has brought with it the maturity of international arbitration in Africa. States continued to enact arbitration laws, and provisions to enable arbitration. They also continued to sign up to international treaties and conventions related to international arbitration. To resolve disputes between themselves, states continued to rely on international arbitration – much like in previous centuries.

On the commercial arbitration front, six more countries became UNCITRAL Model Law countries⁵⁵ bringing the African total to 12. Two of these countries – Mauritius and Rwanda – require special mention. They are both small jurisdictions. One in the heart of Africa, and the other in the Indian Ocean. In the late 2000s, they both decided to reform the legal and institutional framework for international arbitration. They both enacted the UNCITRAL Model Law in 2008 and established arbitral institutions soon after. Since then, they have both established themselves as jurisdictions that have modern arbitration laws with courts that are supportive of the choice of parties to resolve their disputes through international arbitration. They illustrate what is possible when states deliberately and carefully engage in legal reform – whether for international arbitration or other matters.

The OHADA Member states revised the UAA in 2017 to bring it in-step with developments in international arbitration. Other African states also modernised their arbitration laws without adopting the Model Law, though sometimes following it quite closely.⁵⁶ So, just over two decades into the twenty-first century only two countries – Eritrea and South Sudan⁵⁷ – do not have any known laws or provisions on international arbitration. The New York Convention has continued its global success in Africa with 15 African countries becoming contracting states in the first

54. See for example, Talkmore Chidede, *The Right to Regulate in Africa's International Investment Law Regime*, 20 *Oregon Review of International Law*, 437, 449-50 (2019); Crina Baltag et al, *Recent Trends in Investment Arbitration on the Right to Regulate, Environment, Health and Corporate Social Responsibility: Too Much or Too Little?* ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, 7 March 2023 (available online); Milej, Tomasz, *Reclaiming African Agency: The Right to Regulate, the Investor-State Dispute Settlement and the 'Africanisation' of International Investment Law* (May 4, 2021). Forthcoming in: Rainer Hofmann, Julian Scheu, Stephan Schill, Christian Tams (eds), *Investment Protection, Human Rights, and International Arbitration in Extraordinary Times* (Nomos, 2021), Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3839434>; Vera Korzun, *The Right to Regulate in Investor-State Arbitration: Slicing and Dicing Regulatory Carve-Outs*, 50 *Vand. J. Transnational L.* 355 (2017); Mucurathaswamy Sornarajah (2015), *The search for balance. In Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment* (pp. 347-388). Cambridge: Cambridge University Press.

55. Zambia (2000), Uganda (2000), Mauritius (2008), Rwanda (2008), South Africa (2017), and Sierra Leone (2022).

56. See for example, Angola (2003), Sudan (2017), and Tanzania (2020).

57. South Sudan has provisions for arbitration in (Article Chapter XIX Code of Civil Procedure, 2007), but it is not clear whether they extend beyond court-mandated arbitration.

two decades of this century.⁵⁸ At the time of writing this paper, 42 of Africa's 54 African countries are contracting states of the New York Convention.⁵⁹

The twenty-first century saw an increase in participation of African states as respondents in investment arbitration under BITs, contracts, and domestic investment laws. During this period, African states continued signing new BITs,⁶⁰ although most of them have not entered into force, and African states do not appear to be taking steps to ratify them. African states also continued to sign contracts providing for dispute resolution using international arbitration. Some of the largest damages awards⁶¹ and claims against African states⁶² in this century arise out of contracts. The states are not impervious to criticism of investor-State dispute settlement and many have voiced their concerns at UNCITRAL Working Group III on ISDS reform. As an illustration of the diversity of the continent, there is no discernible African position at the UNCITRAL negotiations.

One of the milestones of intra-African relations in the twenty-first century which could have a substantial impact on the development of international arbitration on the continent is the establishment of the African Continental Free Trade Area (AfCFTA). The AfCFTA holds much promise for Africans and, if properly implemented, could lead to more intra-African trade and investment. To govern intra-African investments, states have adopted⁶³ an Investment Protocol to the Agreement Establishing the AfCFTA. Amongst other things, the protocol contains substantive provisions and procedural rules for dispute settlement for intra-African investments and provisions

58. Zambia (2002), Liberia (2005), Gabon (2007), Rwanda (2009), Sao Tome and Principe (2013), Burundi (2014), Comoros (2015), Democratic Republic of the Congo (2015), Angola (2017), Cabo Verde (2018), Sudan (2018), Ethiopia (2020), Seychelles (2020), Malawi (2021), and Sierra Leone (2021).

59. As on the date of writing this paper, the following African countries are not state parties to the New York Convention: Gambia, Guinea-Bissau, Chad, Congo (Brazzaville), Equatorial Guinea, Eritrea, Eswatini, Libya, Namibia, Somalia, South Sudan, and Togo.

60. *See for example*, since 2019 African countries have signed the Belarus-Zimbabwe BIT (signed 3 February 2023, not in force), Mozambique-United Arab Emirates BIT (signed 7 July 2022, not in force), Côte d'Ivoire-United Arab Emirates BIT (signed 24 November 2021, not in force), Democratic Republic of the Congo-United Arab Emirates BIT (signed 12 October 2021, not in force), Democratic Republic of the Congo-Turkey BIT (signed 7 September 2021, not in force), Angola-Turkey BIT (signed 27 July 2021, not in force), Democratic Republic of the Congo-Rwanda BIT (signed 26 June 2021, not in force), United Arab Emirates-Zambia BIT (7 February 2020, in force 25 June 2021); Côte d'Ivoire-Japan BIT (signed 13 January 2021, in force 26 March 2021), Japan-Morocco BIT (signed 8 January 2020, in force 23 April 2022), Sierra-Leone UAE BIT (signed 22 December 2019, not in force), China-Mauritius BIT (signed 17 October 2019, in force 1 January 2021), Central African Republic-Rwanda BIT (signed 16 October 2019, not in force), Cabo Verde-Sao Tome and Principe BIT (signed 27 September 2019, not in force), Guinea-Bissau-UAE BIT (signed 7 August 2019, not in force), Gambia-UAE BIT (signed 15 July 2019, not in force), Brazil-Morocco BIT (signed 13 June 2019, not in force), Côte d'Ivoire-Portugal BIT (signed 13 June 2019, not in force), Liberia-UAE BIT (signed 30 April 2019, not in force), South Sudan-UAE BIT (signed 23 April 2019, not in force), Cabo Verde-Equatorial Guinea BIT (signed 16 April 2019, not in force), Burkina-Faso-Turkey BIT (signed 11 April 2019, not in force), Kenya-Mauritius BIT (signed 10 April 2019, not in force), Cabo-Verde-Hungary BIT (signed 18 March 2019, in force 2 May 2020), Gabon-UAE BIT (signed 1 March 2019, not in force).

61. *See for example*, P&ID v Nigeria, Final Award of 31 January 2017; and DigOil v Democratic Republic of the Congo, Award of 7 November 2018.

62. *See for example*, Sundance Resources v Cameroon, Notice of Expropriation dated 18 October 2022.

63. Investment Protocol adopted on 19 February 2023 by the AU Assembly of African States and Government.

to eliminate intra-African BITs. States could not agree on investor-State arbitration, so they reserved this topic for future negotiations. The provisions for investment disputes in the protocol are distinct from those in the Protocol on Rules and Procedures of the Settlement of Disputes, which apply to trade disputes and follow the approach of the WTO dispute settlement system. At the time of writing, the text adopted by the African Union has not yet been made public.

This century has also seen some African states use international arbitration to resolve disputes arising out of war, and to resolve disputes that could lead to war and conflict. Early in the new century, Eritrea and Ethiopia, which had been at war since May 1998, signed the Algiers Agreement,⁶⁴ to end hostilities between them. The Agreement provided for two types of arbitration. The first was based on Article 4 of the Algiers Agreement, which set up a Boundary Commission to *“delimit and demarcate the colonial treaty border based on pertinent colonial treaties (1900, 1902, and 1908) and applicable international law.”*⁶⁵ The Boundary Commission established its own procedural rules based on the 1992 Permanent Court of Arbitration Optional Rules for Arbitrating Disputes between Two States. The second was based on Article 5 of the Algiers Agreement, which set up a Claims Commission which would *“decide through binding arbitration all claims for loss, damage or injury by one Government against the other, and by nationals (including both natural and juridical persons) of one party against the Government of the other party or entities owned or controlled by the other party”*. The Boundary Commission delivered 15 partial and final awards, including awards on damages.⁶⁶

In neighbouring Sudan, the first decade of the twenty-first century witnessed a historic arbitration between the Government of Sudan and the Sudan People's Liberation Movement/Army – the Abyei Arbitration.⁶⁷ The dispute related to the findings of the Boundary Commission that had been engaged to delimit and demarcate disputed territory in the Abyei region of Sudan. The roots of that dispute were in colonial-era demarcations and displacement. The agreement to arbitrate, dated 7 July 2008, was concluded before the referendum that decided that South Sudan would become an independent state after years of civil war and conflict.⁶⁸ The Abyei tribunal issued its final award on 22 July 2009, less than a year after the Parties had started proceedings – a striking example of how efficiently international arbitration could resolve a complex dispute.⁶⁹

64. The Algiers Agreement was signed on 12 December 2000.

65. Article 4(2), Algiers Agreement

66. Permanent Court of Arbitration (www.pca-cpa.org).

67. The arbitration was carried out under the 'Permanent Court of Arbitration Optional Rules for Arbitrating Disputes between Two Parties of Which Only One is a State'.

68. Referendum was carried out from 9-15 January 2011 and South Sudan became an independent republic on 9 July 2011.

69. Another example of inter-state arbitration to resolve issues that arose during the colonial times is that between Mauritius and the United Kingdom. Mauritius initiated the arbitration pursuant to Article 287 and Annex VII, Article 1 of the United Nations Convention on the Law of the Sea. The arbitration was triggered by the establishment of a Marine Protected Area up to the outer limit of the exclusive economic zone of the Chaos Archipelago. One of the claims by Mauritius was that the UK was not a coastal state within the meaning of UNCLOS, a position that is consistent with Mauritius's territorial claims over the Chagos Islands. (*Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v United Kingdom)*). The Chagos Islands were separated from Mauritius before the latter became independent from the United Kingdom in 1968. In an advisory opinion delivered on 25 February 2019, the International Court of Justice concluded that *“having regard to*

V. – Conclusion

This journey started in antiquity and ends in the present day. The tour has been selective and fast. But any reader arriving at this point will have learnt at least four things. Firstly, that there is a dearth of available resources about international arbitration – or dispute resolution more broadly – in Africa, especially in the time before and during colonisation. Secondly, that colonisation shaped the development of laws in most of Africa, including laws governing international arbitration. At independence, these laws were accepted without much critique or understanding. Thirdly, that colonisation also sowed the seeds for some of the disputes that continue to arise between African states today. Fourthly, that the story of international arbitration in Africa is diverse and lacks coherence.

What does any of this tell us about the future of international arbitration in Africa? It goes to the heart of why we study history – to safeguard the future, we must understand the past.

Today, the history of international arbitration in Africa remains murky. This might explain some of the observations – why have so many African states eschewed the UNCITRAL Model Law? Why do states not ratify BITs? To shape the future in a coherent way, it is imperative that we have a deeper understanding of the past. Not just a distant past that requires digging through archaeological sites with specialised tools, but also a recent past that compels leafing through dusty archives stored in distant capitals.

It remains to be seen how international arbitration in Africa will evolve in the coming decades. It is perhaps not too speculative to predict that as African practitioners become better acquainted with international arbitration – broadly defined – they will adapt its practice to the local context.

international law, the process of decolonization for Mauritius was not lawfully completed when that country acceded to independence in 1968, following the separation of the Chagos Archipelago" (Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Advisory Opinion, 25 February 2019, para 183).

Retour sur l'africanisation de l'arbitrage

Sally EL SAWAH*

Le continent africain, riche en ressources naturelles et humaines, devient de plus en plus attractif pour les investisseurs étrangers. Selon le rapport sur l'investissement dans le monde de 2022 établi par la CNUCED (la Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement), l'investissement étranger direct est en train de croître en Afrique¹. Le FMI (Le Fonds Monétaire International) a souligné l'attractivité du Continent africain en ce qu'il « offre d'immenses possibilités aux investisseurs privés. Sa population est jeune et en pleine croissance et ses ressources naturelles sont abondantes. Les villes connaissent une croissance massive. De nombreux pays ont lancé des initiatives d'industrialisation et de numérisation à long terme. Mais des investissements et des innovations importants sont nécessaires pour libérer tout le potentiel de la région »².

Les États africains sont par ailleurs dépendants de l'investissement étranger³. Ainsi, à l'occasion du Sommet sur le Financement des Économies Africaines organisé en 2021 par le FMI, le porte-parole de celui-ci a souligné l'importance de l'investissement pour le développement économique en Afrique, « les investisseurs nationaux et internationaux pou[vant] fournir au moins 3 % du PIB par an de financement supplémentaire d'ici la fin de la décennie »⁴. Cependant, l'investissement

* Sally El Sawah est docteur en droit, avocate aux Barreaux de Paris et du Caire et Registered Foreign Lawyer en Angleterre et Pays de Galle. Elle est co-fondatrice de Junction | Paris et El Sawah Law | Cairo.

L'auteur remercie Mme Salma Lotfy pour sa contribution à la rédaction de cet article.

1. World Investment Report 2022, p. 12. Selon le Rapport, les investisseurs européens demeurent les plus grands détenteurs d'investissements étrangers en Afrique et cela de façon proéminente. Le Royaume-Uni arrive en tête détenant des investissements à hauteur de 65 milliards de dollars en Afrique, suivie par la France qui quant à elle, a investi 60 milliards, *ibid.*, p. 12.

2. L. Eyraud, C. Pattillo, A. Amero Selassie, *How to Attract Private Finance to Africa's Development*, IMF Blog, 14 juin 2021, <<https://www.imf.org/en/Blogs/Articles/2021/06/14/blog-how-to-attract-private-finance-to-africa-s-development>>, dernièrement consulté le 4 mars 2023.

3. M. Kebe, *African Perspectives on Current ISDS Reform Options*, Seconde conférence annuelle de l'AfAA sur l'arbitrage international, 15-16 avril 2021, <<https://afaa.ngo/page-18097/10555647>>; M. Kebe, *The African Continental Free Trade Area and the Future of Investor-State Dispute Settlement in Africa*, Intersentia, 2023, p. 4.

4. FMI Discours, *Managing Director Kristalina Georgieva's Remarks at the Summit on the Financing of African Economies*, discours tel que préparé pour lecture, 18 mai 2021, disponible ici: <<https://www.imf.org/en/News/Articles/2021/05/18/sp051821-remarks-at-financing-african-economies-conference>>, consulté dernièrement le 4 mars 2023. Voir également, l'étude publiée par le département africain de FMI, *Private Finance for Development : wishful thinking or thinking out of the box ?*, 2021, <<https://www.imf.org/en/Publications/Departmental-Papers-Policy-Papers/Issues/2021/05/14/Private-Finance-for-Development-50157>>.

étranger direct ne conduit pas nécessairement à un développement durable⁵. Une tension est ainsi possible entre le besoin d'attirer des investisseurs étrangers et les objectifs de développement durable essentiels au Continent africain.

La multiplication des investissements étrangers directs en Afrique a eu des répercussions sur le plan normatif avec la conclusion de nombreux traités bilatéraux d'investissement (« TBI »). La majorité des TBI et des Accords d'Investissement Internationaux africains ont été conclus entre le milieu des années 1990 et le début des années 2000, traditionnellement avec des pays européens exportateurs de capital⁶ ou des pays d'Amérique du Nord. Les États africains ont signé 881 TBI ou autres traités d'investissement dans l'espoir d'encourager l'investissement étranger sur le continent. Sur ces 881 TBI, 722 ont été signés avec des pays non-africains et 159 sont des TBI intra-africains. Ils ont un contenu traditionnel ou typique des pays exportateurs de capital.⁷ Ainsi, ces TBI visaient à assurer une protection étendue aux investisseurs en leur accordant des droits et des privilèges assez larges, sans créer des obligations à leur charge vis-à-vis de l'État hôte. La possibilité pour celui-ci de formuler des demandes reconventionnelles était quasi-absente dans cette génération de TBI.

À cet effet, une certaine verticalité a pu être évoquée dans le cadre des TBI traditionnels, notamment concernant les clauses relatives à la résolution des différends⁸. Par ailleurs, il a été souligné que la majorité des TBI dits « traditionnels » ont été acceptés tels quels par les États africains, sans nécessairement prendre en compte leurs besoins spécifiques. En conséquence, la production normative encadrant l'investissement étranger a pu être considérée comme leur étant exogène.⁹ Dans cette optique, les États africains étaient qualifiés par certains comme étant des « rule takers », subissant des normes de droit au lieu d'être des « rule makers », participant de façon plénière à la production normative¹⁰.

5. *Idem*, FMI, *Private Finance for Development*, spéc. p. 17 : « Le bilan mitigé du boom des infrastructures privées dans les années 1990 montre que l'augmentation des investissements privés est une question de qualité, et pas seulement de quantité. Entre 1990 et 1998, la participation du secteur privé aux infrastructures a augmenté de manière très significative dans les économies en développement, en particulier en Amérique latine et dans les pays de l'Est. Cet épisode, qui s'est partiellement inversé à la fin de la décennie, a eu des résultats mitigés, en partie parce que les bonnes institutions n'étaient pas en place pour garantir que l'implication du secteur privé puisse être soutenue, générer des gains économiques et budgétaires et se traduire par une nette amélioration du niveau de vie des populations ». [Traduction par l'auteur]. Adde, A. Arafa, *The Triple Helix of Africanising Investor-State Dispute Settlement under AfCFTA*, 3^e conférence annuelle de l'AfAA, 4 novembre 2022 <<https://afaa.ngo/page-18097/13023499>>.

6. MBENGUE, Makane Moïse, SCHACHERER, Stéphanie, *The 'Africanization' of International Investment Law: The Pan-African Investment Code and the Reform of the International Investment Regime*, *The Journal of World Investment & Trade*, 2017, vol. 18, no. 3, pp. 414 à 448, spéc. p. 416.

7. *Ibid.*

8. M. Kebe, *African Perspectives on Current ISDS Reform Options*, *op. cit.*, p. 2 : « Les mécanismes de règlement des différends existant dans le cadre des accords d'investissement africains ne protègent pas, dans de nombreux cas, les besoins des nations africaines. Actuellement, les mécanismes de règlement des différends intégrés dans les accords d'investissement permettent presque toujours le RDIE. En recourant au RDIE, les investisseurs n'hésitent pas à contester les lois ou les décisions politiques locales proposées qui peuvent aller à l'encontre de leurs attentes en matière d'investissement. Dans la plupart des cas, les besoins ou les objectifs locaux ne sont guère pris en compte. En conséquence, les frustrations bouillonnent » [Traduction par l'auteur] ; M. KEBE, *The African Continental Free Trade Area...*, *op. cit.*, p. 9.

9. MBENGUE, Makane Moïse, SCHACHERER, Stéphanie, *op. cit.*, spéc. p. 446.

10. *Idem*.

Cette verticalité a entraîné un mouvement de rejet des TBI traditionnels et du recours à l'arbitrage d'investissement de la part de certains États. C'est le cas de l'Afrique du Sud qui mit fin à la majorité de ses TBI et adopta en 2015 le South Africa Protection of Investment Act qui ne prévoit pas de recours à l'arbitrage international en matière de litiges relatifs aux investissements.

Dans ce contexte, la notion « d'africanisation » de l'arbitrage international commença à émerger. Une conférence lui fut même récemment consacrée.¹¹ Cependant, les contours de cette notion demeurent assez flous. Se réfère-t-on à l'arbitrage impliquant une partie africaine ? s'agit-il du siège de l'arbitrage ? des centres d'arbitrage africains ? de la loi applicable ? ou s'agit-il simplement d'une revendication par les talents africains d'avoir la place qu'ils méritent dans la communauté internationale des arbitres, au moins quand le litige est lié au continent (d'une manière ou d'une autre) ? De la provocation, de l'affirmation de soi, un mythe, une réalité ou une évolution inévitable, telles sont quelques réflexions qu'impose cette notion d'Africanisation de l'arbitrage.

Au-delà de la définition du concept de l'Africanisation de l'arbitrage, il convient de revenir sur les dernières évolutions sur le continent qui auront un impact certain sur l'arbitrage : l'Accord portant création de la ZLECAf (la zone de libre-échange continentale africaine), et le rôle à jouer par les cours régionales africaines, les réformes législatives sur le contenu local et son effet sur le principe de non-discrimination par exemple, la consécration dans les chartes d'investissement et les traités bilatéraux d'investissement africains de l'obligation de respecter l'environnement et les droits de l'homme par l'investisseur, ou enfin quelques sentences arbitrales récentes comme *Cortec* et leur impact de manière plus générale sur la jurisprudence en matière d'arbitrage d'investissement.

I. – Production normative et intégration régionale

Le continent africain s'est montré innovant en matière de protection et d'encouragement de l'investissement international. Ainsi, on assiste à un système de protection de l'investissement à multiples étages : au niveau national, à travers l'adoption de chartes ou de codes d'investissement ; au niveau bilatéral, par la conclusion des traités bilatéraux d'investissement soit intra-africains, soit avec des pays situés dans d'autres continents ; au niveau régional, avec des règles d'investissement et des modèles de traités d'investissement adoptés par les différentes Communautés Économiques Régionales d'Afrique ; ou enfin au niveau

11. Une conférence fut organisée sur ce thème par l'African Arbitration Association lors de sa troisième conférence tenue à Accra entre le 3 et 5 novembre 2022. *Adde*, E. Onyema, "Reimagining the Framework for Resolving Intra-African Commercial Disputes in the Context of the African Continental Free Trade Area Agreement", <<https://www.cambridge.org/core/journals/world-trade-review>>; A. Arafa, *The Triple Helix op. cit.*; Kh. Kugler, "AfCFTA: A window of opportunity for africanisation of dispute resolution", 3^e conférence annuelle de l'AfAA, 4 novembre 2022, F. Oleghe, "Africanisation of international dispute resolution: a myth, a fact or a movement", <<https://afaa.ngo/page-18097/13023496>>, consultés dernièrement le 8 mars 2023.

du continent, avec l'Accord portant création de la ZLECAf et l'adoption¹² récente de son Protocole sur l'Investissement, auquel l'on peut ajouter le Code Panafricain d'Investissements (« CPAI ») adopté au niveau de l'ensemble du Continent¹³.

A. L'intégration régionale comme vecteur de production normative

L'intégration régionale passant par la création de plusieurs Communautés Économiques Régionales (« CER ») permettrait, selon certains auteurs, de mettre en commun les ressources des pays africains, en application de la maxime selon laquelle « l'union fait la force »¹⁴. Ces CER visent à intégrer les politiques économiques et à faciliter la circulation des biens et des services entre les différents États de la CER. Ceci permettrait de remédier au fait que certains États n'auraient pas la capacité de prendre seuls ces mesures¹⁵.

Les CER sont nombreuses en Afrique. Ainsi, en Afrique de l'Ouest, on peut compter 3 CER, (1) L'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine, (l'UEMOA) (2) la Mano River Union (MRU) et (3) la Communauté Économique de l'Afrique australe (CEAA). L'Afrique centrale en compte deux : (1) la Communauté Économique des États de l'Afrique centrale (CEEAC) et (2) la Communauté Économique des Pays des Grands Lacs (CEPGL). L'Afrique de l'Est et l'Afrique du Sud en comptent six CER (1) le Marché Commun de l'Afrique orientale et australe (COMESA) (2) la East African Community (EAC) (3) l'Autorité Intergouvernementale pour le Développement (AID) (4) la Commission de l'Océan Indien (COI) (5) la Communauté de Développement de l'Afrique australe (CDAA ou SADC), et (6) la Southern African Customs Union (SACU). L'Afrique du Nord compte deux CER (1) l'Union du Maghreb Arabe (AMU) et (2) la Communauté des États Sahélo-Sahariens (CEN-SAD). L'importance de ces communautés n'est pas négligeable comme le démontrent les professeurs Mbengue et Schacherer, qui remarquent à juste titre que sur 55 pays africains, 28 sont membres de deux CER et 20 sont membres de trois¹⁶.

12. Le Protocole sur l'investissement adopté par le Conseil des ministres des États en octobre 2022 a été également adopté par l'Assemblée Générale des Chefs d'États en février 2023. Cependant, malgré son adoption, la version finale du Protocole n'est toujours pas accessible, le département juridique du Secrétariat de la ZLECAf ne l'ayant pas encore officiellement publiée.

13. Ch. Nyombi, "The Pan African Investment Code in the AfCTFA Protocol on Investment Negotiations", AfAA 3rd Annual Conference, 4 novembre 2022; Rameau, R. (2020), "The African Perspective: The Development of Investment Laws, the Pan-African Investment Code (PAIC), and the African Continental Free Trade Area" in *The New Economic World Order, Proceedings of the ASIL Annual Meeting*, 114, 62-67. A. Fouchard Papaefstratiou, C. du Pac de Marsoulies, M. Tavaut, C. Fouchard, "The Africanisation of Rule-Making International Investment Arbitration", Kluwer Arbitration Blog, <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/08/17/africanisation-rule-making-international-investment-arbitration/>>, consulté dernièrement le 4 mars 2023.

14. M. Kebe, *op. cit.*, spéc. p. 2 : « L'union fait la force est considérée comme l'une des voies les plus directes vers le progrès en Afrique. Depuis des décennies, plusieurs blocs économiques régionaux ont progressé de manière constante vers la croissance et le développement. Aujourd'hui, l'Afrique dispose d'un ensemble de blocs commerciaux et monétaires » [Traduction par l'auteur].

15. *Ibid.* M. Kebe.

16. Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), « Regional Economic Communities in Africa: A Progressive Overview », (2009) 8 <www2.giz.de/wbf/4tDx9kw63gma/RECs_Final_Report.pdf> consulté dernièrement le 3 mars 2023. Voir également MBENGUE, Makane Moïse, SCHACHERER, Stefanie, *op. cit.*, spéc. p. 417.

Ces CER sont des acteurs clés dans la production normative en matière de protection de l'investissement, et les instruments normatifs qu'ils adoptent tentent de rétablir un certain équilibre entre les besoins des États et la nécessité d'attirer des investissements étrangers¹⁷.

Ainsi, la COMESA a adopté l'Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area en 2007, selon lequel les litiges relatifs à l'investissement peuvent être portés devant la Cour de Justice de la COMESA, ou devant le CIRDI¹⁸. L'Investment Agreement for the COMESA est considéré comme étant novateur¹⁹ car il était le premier accord d'investissement en Afrique qui tenta de limiter la portée des investissements protégés et d'équilibrer les obligations de l'État hôte envers les investisseurs étrangers tout en préservant les intérêts des communautés locales²⁰. Il introduit des obligations incombant à l'investisseur²¹ et permet à l'État hôte de soumettre des demandes reconventionnelles²², toujours dans le but de rendre le rapport investisseur-État hôte plus équitable²³. On peut donc, déjà, véritablement parler d'africanisation de l'arbitrage en ce qui concerne la production normative à l'examen de cet instrument.

La CEDEAO suivit en 2008 la voie tracée par la COMESA en adoptant l'Acte additionnel portant adoption des règles communautaires en matière d'investissements²⁴ qui présente la particularité d'imposer des obligations aux investisseurs et de restreindre l'accès automatique à l'arbitrage international²⁵. Ainsi, l'article 11(3) de l'Acte additionnel impose aux investisseurs l'obligation de tenter de contribuer aux objectifs de développement de l'État hôte.

La Communauté de développement de l'Afrique australe établit quant à elle en 2012 un TBI type. La seconde version de celui-ci adopté en 2017 a eu notamment pour but de contribuer à l'harmonisation des régimes d'investissement dans la région avec le CPAI. Ce modèle dispose que l'investissement doit contribuer au

17. MBENGUE, Makane Moïse, SCHACHERER, Stéfanie, *op. cit.*, spéc. p. 418.

18. Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area, Article 28.

19. P. Muchlinski, "The COMESA Common Investment Area: Substantive Standards and Procedural Problems in Dispute Settlement", SOAS School of Law Research Paper No. 11/2010, 7 octobre 2010, p. 20.

20. A. Fouchard Papaefstratiou, C. du Pac de Marsoulies, M. Tavaut, C. Fouchard, *op. cit.*

21. P. Muchlinski, p. 33: « Il s'agit donc d'un exemple significatif de ce que les pays en développement d'Afrique considèrent comme l'approche appropriée dans ce domaine du règlement des différends. En cela, il devrait servir de contre-exemple aux modèles d'All dominés par les pays développés et offrir un nouveau départ pour l'analyse de la manière dont les futurs All devraient être structurés. Cela dit, il reflète également certains nouveaux développements pris dans les modèles d'accords bilatéraux d'investissement américains et canadiens en particulier. Cela peut indiquer l'émergence progressive d'un nouveau consensus international sur l'équilibre des droits et des obligations du pays d'accueil dans les All, en lui donnant plus de souplesse pour mener des actions réglementaires légitimes. Toutefois, l'accord CCIa va plus loin en introduisant le concept d'équilibre entre les obligations de l'investisseur et celles du pays d'accueil » [Traduction par l'auteur].

Et M. Muchlinski rajoute : « Il s'agit d'un écart important dans la pratique des All, car il s'agit d'un accord de pays en développement et non entre un pays développé et un pays en développement, comme c'est le cas pour la majorité des TBI. Il s'agit donc d'un exemple significatif de ce que les pays en développement d'Afrique considèrent comme l'approche appropriée dans ce domaine du règlement des différends » [Traduction par l'auteur].

22. Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area, Article 28 (9).

23. P. Muchlinski, *The COMESA Common Investment Area*, *supra*, p. 20.

24. Acte additionnel A/SA.3/12/08 portant adoption des règles communautaires en matière d'investissements et de leurs modalités d'application au sein de la CEDEAO.

25. A. Fouchard Papaefstratiou, C. du Pac de Marsoulies, *op. cit.*

développement durable dans le pays hôte, reflétant donc les dispositions impératives en ce sens au sein du CPAI. Le traité incorpore « *la philosophie du développement durable, du début à la fin du texte* »²⁶, celui-ci étant mentionné dans son préambule et tout au long de son texte.

L'intégration régionale dans le continent africain donne donc lieu à une production normative foisonnante et innovante, marquant une rupture avec les TBI traditionnels. Cependant, l'intégration régionale donne un caractère quelque peu fragmenté au paysage normatif africain. Une intégration à l'échelle continentale tend à pallier les dangers de cette fragmentation.

B. Rôle et défis des juridictions régionales et autres institutions dans la production normative

La production normative régionale va traditionnellement de pair avec la création de juridictions régionales afin d'assurer l'application uniforme des normes adoptées. Le continent africain compte en son sein plusieurs juridictions régionales dont la compétence pour résoudre les différends entre les investisseurs et les États hôtes varie d'une CER à l'autre et d'une juridiction à l'autre.

Ainsi, à travers la Cour Commune de Justice d'Arbitrage (la CCJA), l'OHADA assure l'interprétation harmonieuse et uniforme du Traité OHADA et ses Actes Uniformes. La CCJA assure une fonction consultative, judiciaire et arbitrale. L'arbitrage dans l'espace OHADA est régi par 3 textes différents : (i) le Traité, (ii) l'Acte uniforme sur l'arbitrage et (iii) le Règlement de la CCJA. Le recours à l'arbitrage d'investissement dans l'espace OHADA constitue l'un des aspects de la réforme apportée à l'Acte uniforme sur l'arbitrage (« l'AUA ») et au Règlement d'arbitrage de la CCJA (« Règlement CCJA ») entrés en vigueur en mars 2018²⁷.

Cette réforme n'est pas sans difficulté. Selon certains auteurs, un besoin d'harmonisation s'impose entre d'une part, le traité qui prévoit dans son Article 21 le recours à l'arbitrage sur la base d'un contrat conclu par une partie ayant son domicile ou sa résidence habituelle dans un pays OHADA ou ayant son lieu d'exécution du Contrat dans l'espace OHADA et, d'autre part, l'AUA (art. 3) et le Règlement CCJA (2.1.2 et 5(b)) qui prévoient le recours à l'arbitrage d'investissement sur le fondement d'un traité auquel le bénéficiaire n'est pas partie, tel qu'un TBI, un traité multilatéral d'investissement ou un code d'investissement²⁸. Le Traité ZLECAf mettrait sans doute fin à ce dilemme. Conclu par tous les États membres postérieurement au Traité OHADA, l'adage *lex posterior derogat generali* permettrait peut-être de recourir à l'arbitrage de la CCJA en cas de résidence de toutes ses parties ou l'exécution du contrat dans un État non-membre de l'espace OHADA mais qui seraient également membres de la ZLECAf.

26. Howard Mann (2012), « Le modèle de TBI de la SADC : Vers une nouvelle génération de traités d'investissement », *Investment Treaty News*, octobre 2012, p. 10, IISD.

27. Déjà avant la réforme, certains TBI se référaient à la possibilité de recourir à l'arbitrage de la CCJA pour trancher les différends survenus sous leur empire (par ex. les TBI entre Burkina Faso et le Bénin entré en vigueur 2003, le Burkina Faso et la Guinée entré en vigueur en 2004), ainsi que certaines chartes d'investissements telles que celles du Cameroun, la République du Congo, la Guinée et le Mali.

28. W. Ben Hamida, L'intégration imparfaite de l'arbitrage d'investissement dans le droit de l'OHADA, *Rev. arb.* 2019, p. 1109.

La COMESA a également une cour de justice, la Cour de Justice de la COMESA, dont le rôle est d'interpréter et d'appliquer le traité. Bien qu'elle soit compétente pour trancher les différends investisseurs-États en vertu de son Accord d'investissement sur la zone d'investissement COMESA, elle rencontre des problèmes de financement qui l'empêchent de prendre toute l'envergure nécessaire²⁹.

Les investisseurs ont aussi un *locus standi* en vertu du Protocole de la Cour de la CEDEAO (limité néanmoins aux violations des droits de l'homme)³⁰, et du Protocole de la cour de justice de la CAE. Cette dernière a d'ailleurs condamné l'État de l'Ouganda pour discrimination et restriction à la liberté de mouvements des biens dans le litige qui l'opposait à British American (Kenya) Tobacco³¹.

Par contraste avec ces juridictions, d'autres juridictions à l'échelle régionale peinent à s'imposer. Ainsi, le Tribunal de SADC a *de facto* été dissout en 2012 à la suite de la condamnation de l'État du Zimbabwe³², et les nouvelles attributions de celui-ci ne couvrent pas le règlement des différends en matière d'investissements entre un investisseur et un État hôte. En effet, les parties non-étatiques n'ont pas de *locus standi* sous l'empire du nouveau Protocole de Finance et d'Investissement de la SADC (Annexe I), ni sous le Protocole du Tribunal de la SADC. Il en va de même de l'Accord tripartite de libre-échange entre la SADC, la CAE et la COMESA³³.

Ainsi, cette importante production normative au niveau régional ne s'applique pas d'une manière uniforme par les juridictions régionales, ce qui atténue l'effectivité de ces normes. Elle se double désormais d'une production normative à l'échelle continentale qui, dans sa recherche d'équilibre entre les standards de protection des investisseurs, d'une part, et les droits des États hôtes d'autre part, requiert une harmonisation des règles de compétence au niveau juridictionnel. Enfin, le rôle des juridictions régionales africaines pourrait évoluer avec l'entrée en vigueur de la ZLECAf.

29. COMESA Court of Justice Relocates to Khartoum Amid Funding Challenges, The East African, article publié le 21 mars 2015, <<https://www.theeastafrican.co.ke/tea/news/east-africa/comesa-court-now-relocates-to-khartoum-amid-funding-challenges--1333986>>, consulté dernièrement le 04/03/2023.

30. Article 9 du Protocole de la Cour de la CEDEAO. Adde, l'Acte additionnel A/SA.A/AZ/A8 portant adoption du code commun d'investissement de la CEDEAO, 22 décembre 2018. M. Happold, "Investor-State dispute settlement using the ECOWAS Court of Justice. An analysis and some proposals", *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Jan. 2019, Vol. 34, Issue 2, pp. 496-518.

31. East African Court of Justice Decision, *British American (U) Tobacco Limited vs The Attorney General of Uganda*, First Instance Division, Reference No. 7 of 2017 (Judgment delivered 26th January 2019), <<https://www.afronomicslaw.org/2019/04/02/case-summary-east-african-court-of-justice-decision-british-american-u-tobacco-limited-vs-the-attorney-general-of-uganda-first-instance-division-reference-no-7-of-2017-judgment-delivered-26th>>, dernièrement consulté le 9 mars 2023.

32. À la suite de la décision du Tribunal de la SADC dans l'affaire *Mike Cambpbell (Pvt) Ltd. c/ la République de Zimbabwe* rendue en faveur de l'investisseur, le Sommet des chefs d'État et de gouvernement n'a pas renouvelé le mandat de ses juges ni nommé de nouveaux.

33. En outre, des États tels que l'Afrique du Sud, la Namibie et la Tanzanie ont retiré le règlement des différends par voie arbitrale de leurs nouvelles lois d'investissement.

II. –La production normative à l'échelle continentale et la résolution des différends entre investisseurs et états hôtes

A. L'uniformisation des normes à l'échelle continentale

La multiplication des CER qui élaborent leurs propres instruments en matière d'investissement peut conduire à des conflits entre les différents instruments. Par ailleurs, il a été souligné que les États qui sont parties à plusieurs accords internationaux sur l'investissement ont la possibilité de choisir l'instrument normatif qui leur convient le mieux. Comme le souligne à juste titre le Professeur Kebe, cela permet aux États les plus grands de disposer d'un choix plus ample en matière d'instruments normatifs au détriment des pays les plus petits³⁴. Cette nature fragmentaire permet également aux investisseurs d'avoir recours au « treaty shopping » afin de choisir le traité d'investissement qui leur serait le plus favorable. Ceci pourrait nuire à l'ambition de rendre le droit de l'investissement plus égalitaire et d'y voir reflétées les ambitions des pays en développement.

C'est dans cette optique qu'il sied d'examiner le CPAI,³⁵ qui tend à harmoniser le droit de l'investissement en Afrique. Le CPAI, pris à l'initiative de l'Union Africaine, a été adopté en 2015. Il donne la possibilité aux États africains de choisir de le suppléer à leurs TBI³⁶. Le CPAI prend le développement durable comme pierre angulaire. Il dispose dans son article 1^{er} que « *l'objectif du présent Code est de promouvoir, de faciliter et de protéger les investissements qui favorisent le développement durable de chaque État membre et en particulier celui dans lequel l'investissement est réalisé* ». Ceci a conduit certains auteurs à affirmer qu'en vertu du CPAI, sont uniquement protégés les investissements qui favorisent le développement³⁷.

Le CPAI reste dans l'esprit des outils normatifs développés par les CER où l'importance d'imposer des obligations aux investisseurs des États hôtes est primordiale. Il instaure ainsi des droits et obligations de part et d'autre dans la relation investisseur et État hôte. Son Article 2(2) dispose « *le présent Code définit les droits et obligations des États membres ainsi que des investisseurs, et les principes qui y sont énoncés* ».

Le CPAI va néanmoins encore plus loin quant à l'exigence de favoriser le développement, en se distinguant sur la définition même d'investissement. Il exclut les investissements à caractère spéculatif ainsi que les investissements dans tout secteur sensible pour le développement de l'État d'accueil ou qui peuvent avoir une incidence négative sur son économie³⁸.

Avec le CPAI, l'africanisation de l'arbitrage international à l'échelle continentale commence à prendre forme, notamment en ce qu'il traduit les aspirations des

34. M. Kebe, African Perspectives on Current ISDS Reform Options, *op. cit.*

35. Le Code Panafricain d'Investissements, *op. cit.*, note 13.

36. A. Fouchard Papaefstratiou, C. du Pac de Marsoulies, M. Tavaut, C. Fouchard, *op. cit.*

37. MBENGUE, Makane Moïse, SCHACHERER, Stefanie, *supra*, p. 421.

38. CPAI, Article 4. L'article 4 exige en outre qu'« *un investissement selon le présent Code doit présenter les caractéristiques suivantes : une activité commerciale substantielle conformément à l'alinéa 1, l'engagement de capitaux ou d'autres ressources, l'espoir d'un gain ou d'un profit, la prise de risque et une contribution significative au développement de l'État d'accueil* ».

États africains d'accueillir des investissements qui contribuent au développement durable.

L'intégration continentale prend toute son ampleur avec la ZLECAf qui a pour ambition de mettre en place un marché unique au sein du continent garantissant une libre circulation des biens et des services, un renforcement des investissements intra-africains et le développement durable et inclusif sur le continent. La ZLECAf vise également à intégrer les différentes CER en ayant pour socle 8 CER reconnues par l'Union Africaine³⁹, à savoir l'UMA, la COMESA, la CAE, la SADC, la CEN-SAD, l'IGAD, la CEEAC et la CEDEAO, ses piliers de construction du marché unique. Le Traité portant création de la ZLECAf reconnaît dans son Préambule que « *Zones de libre-échange des Communautés économiques régionales (CER), servent de piliers, à la création de la Zone de libre-échange continentale africaine (ZLECAf)* », et « *l'urgente nécessité de s'appuyer et de consolider les réalisations obtenues en matière de libéralisation des services et d'harmonisation réglementaire au niveau des Communautés économiques régionales (CER) et à l'échelle continentale* ». De ce fait, la ZLECAf pourrait limiter le caractère fragmentaire de la production normative générée par les CER en procédant à une intégration au niveau continental et non plus au niveau régional. C'est dans cette optique que le Traité portant création de la ZLECAf prévoit dans son Article 19 que ses dispositions devront prévaloir en cas de conflit sur celles d'un traité régional, à moins que celles-ci accordent un degré supérieur d'intégration.⁴⁰

Le rôle actif que prennent les États africains dans la production normative a pour conséquence un changement de la teneur même des normes en question.

B. Un remaniement africain des concepts traditionnels

Que ce soit à travers les dispositions novatrices du CPAI, ou l'adoption de lois étatiques spécifiques comme c'est le cas au Zimbabwe, en Zambie et en Afrique du Sud ou encore par la jurisprudence du CIRDI comme le démontre l'arrêt *Cortec*⁴¹, l'africanisation du droit de l'investissement affecte la forme et le fond du droit.

À titre d'exemple, le CPAI s'est montré novateur sur les standards de protection octroyés à l'investisseur étranger. Ainsi en ce qui concerne le standard de Traitement de la Nation la plus Favorisée (le « TNF »), le Code soumet ce standard à des exceptions. Les exceptions au TNF incluent, à titre d'exemple, « *toute mesure réglementaire prise par un État membre, conçue et appliquée en vue de protéger ou d'atteindre des objectifs légitimes de bien-être public comme la santé publique, la sécurité et l'environnement ne constitue pas une violation du principe de la nation la plus favorisée* » (art. 8(2)).

39. Article 1(t) du Traité.

40. L'Article 19 du Traité ZLECAf dispose qu'« 1. en cas de conflit et d'incompatibilité entre le présent Accord et tout autre accord régional, le présent Accord prévaut dans la mesure de l'incompatibilité spécifique, sauf dispositions contraires du présent article. 2. Nonobstant les dispositions de l'alinéa 1 du présent article, les États parties qui sont membres d'autres communautés économiques régionales, d'autres accords commerciaux régionaux et d'autres unions douanières, et qui ont atteint entre eux des niveaux d'intégration régionale plus élevés que ceux prévus par le présent Accord, maintiennent ces niveaux entre eux ». V. aussi, l'article 8(2).

41. *Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited and Stirling Capital Limited c/ République du Kenya*, sentence CIRDI no. ARB.15/29, 22 octobre 2018, et 19 mars 2021.

Le CPAI ne contient pas par ailleurs de disposition concernant le traitement juste et équitable.⁴² Il consacre en outre un chapitre entier aux obligations de l'investisseur. Ces obligations concernent (1) la gouvernance d'entreprise (art. 19), (2) les obligations socio-politiques (art. 20), (3) la lutte contre corruption (art. 21), (4) la responsabilité sociétale des entreprises (art. 22), (5) les obligations relatives à l'utilisation des ressources naturelles (art. 23), (6) les obligations d'éthique commerciale et des droits humains (art. 24). L'investisseur doit ainsi respecter les principes socio-politiques, tels que le respect des valeurs culturelles et la non-ingérence dans les relations intergouvernementales (art. 20.1). Concernant l'utilisation des ressources naturelles, l'investisseur a l'obligation de ne pas les utiliser d'une manière qui serait contraire aux intérêts de l'État hôte, de respecter les droits des populations locales et d'éviter les pratiques d'accaparement des terres, préjudiciables à ces communautés (art. 23.2). Les investisseurs ont également l'obligation de respecter les droits humains selon l'Article 24. Ils doivent éliminer toute forme de travail forcé, notamment le travail des enfants et éliminer la discrimination (art. 24.c). Enfin, le droit des États d'introduire des prescriptions de résultats pour encourager le contenu local est expressément reconnu (art. 17).

Ainsi, le CPAI rompt avec la tradition des TBI conclus au sein du continent qui ne traitaient pas de l'exploitation raisonnée des ressources humaines, de la protection de l'environnement et du bien-être social des États hôtes, alors même que ces aspects ont trait directement à beaucoup d'investissements dans ces États. Des dispositions en ce sens font timidement leur apparition dans les nouveaux TBI, mais cela reste insuffisant⁴³. Le CPAI contient en outre un chapitre entier dédié aux « questions liées aux investissements » (Chapitre 5) et évoque des aspects concernant la mise en place d'objectifs de développement durable en Afrique. Selon les MM. Mbengue et Schacherer, ce chapitre s'adresse à la fois aux investisseurs et aux États⁴⁴ créant l'obligation pour les États membres de l'Union Africaine d'attirer des investisseurs responsables avec des investissements qui ne soient pas nocifs à l'environnement et qui apportent des bénéfices économiques au pays.

Dans la même lignée, le Protocole d'Investissement⁴⁵, dans sa version disponible antérieure à son adoption en février 2023, consacre le droit des États de légiférer pour garantir que les investissements soient conformes aux objectifs et principes de développement et de croissance durables, et assurer la protection effective en matière d'environnement, des droits des travailleurs et des consommateurs, des droits de l'homme, et de la santé publique. Il interdit dans son article 25 aux États d'assouplir ou renoncer à leurs standards nationaux prévus par leurs législations nationales, ou aux standards internationaux de protection dans l'optique d'attirer des investissements sur leur territoire. Il autorise les États à accorder des avantages afin d'attirer et promouvoir des investissements respectueux de l'environnement. Il reconnaît en outre le pouvoir des États de prendre les mesures nécessaires et d'introduire des prescriptions des résultats afin de promouvoir le contenu local

42. Il en est de même de la Loi de l'Afrique du Sud en matière d'investissements, 2015, qui remplace cette protection par celle de "fair administrative treatment" (Art. 6).

43. MBENGUE, Makane Moïse, SCHACHERER, Stefanie, *supra*, p. 436.

44. *Ibid.*, p. 438.

45. V. Ch. Nyombi, *op. cit.*

et le développement national selon l'une des 7 formes qu'il énumère dans son article 27.

En outre, le Protocole d'Investissement impose dans son Chapitre 5 des obligations sur les investisseurs, tels que le respect des droits de l'homme, des droits du travail et de l'environnement (dont la production de l'Environnement Impact Assessment), l'adoption des mesures de lutte contre la corruption et le blanchiment d'argent ainsi que l'élaboration des codes de conduite conformes aux standards internationaux en matière de transparence et de responsabilité sociétale des entreprises, le respect et la promotion des droits des communautés locales et des populations indigènes, ainsi que le respect des réglementations locales et internationales, et l'interdiction du recours au travail forcé et le travail des enfants.

La jurisprudence arbitrale joue également un rôle de production normative importante et contribue à l'africanisation de l'arbitrage international. Dans la sentence *Cortec c/ République du Kenya* par exemple, l'importance du respect des règles de droit local sur l'environnement a été soulignée⁴⁶. La société anglaise Cortec, avait obtenu une licence afin de mener une exploration pour l'exploitation de minerais rares dans une région proche d'une réserve naturelle, celle de Mirma Hill. Un règlement sur le droit minier interdisait toute opération d'exploration dans ladite région mais le Commissaire Minier pouvait lever cette interdiction. Ainsi la licence d'exploration accordée à la société a été étendue pour inclure ladite région. Pour poursuivre son projet, la société anglaise avait besoin de convertir sa licence d'exploration en une licence d'exploitation. En mars 2013, elle obtint alors une licence d'exploitation pour une durée de 21 ans. Cependant, à la suite des élections, cette licence fut annulée au motif que la région de Mirma Hill était protégée. Cortec commença alors une procédure arbitrale sous l'égide du CIRDI sur le fondement du TBI entre le Kenya et le Royaume Uni. Cortec avançait l'argument selon lequel la révocation de sa licence d'exploitation violait plusieurs dispositions du TBI, dont celles concernant la protection contre l'expropriation, le traitement juste et équitable et la non-discrimination. Le tribunal arbitral jugea que l'opération envisagée par le demandeur ne constituait pas un investissement au sens du TBI car elle était prise en violation du droit kenyan⁴⁷. Le tribunal arbitral a en outre décidé que le TBI ne protégeait que les investissements réguliers, pris en conformité avec les lois du Kenya⁴⁸.

Cette sentence illustre la déférence du Tribunal arbitral aux lois locales. Cette déférence est sans doute due à l'importance accordée à l'environnement au vu des défis climatiques actuels. Ainsi, la sentence traduit une volonté de développer une jurisprudence arbitrale prenant en compte l'impact environnemental⁴⁹ et reflète la contribution capitale des États africains à l'évolution de l'arbitrage international.

46. *Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited and Stirling Capital Limited c/ République du Kenya*, sentence CIRDI n° ARB/15/29.

47. Cortec, §365.

48. Cortec, § 9.

49. Iris Ng, "Beyond the Litigation Narrative: the Place and Roles of ADR in Climate Change Disputes", *Asian Dispute Review*, Vol. 24, Tome I, janvier 2022, pp. 20-27, p 26 : l'auteur de cet article affirme qu'à travers l'arbitrage, une nouvelle position fondée sur les droits interconnectés a émergé et la jurisprudence arbitrale a montré que l'arbitrage peut se développer d'une manière qui soit consciente de l'impact environnemental de ses décisions.

Enfin, la sentence *Bernhard von Pezold c/ Zimbabwe* rendue dans le domaine de l'agriculture reflète la manière avec laquelle les tribunaux arbitraux pourraient être amenés à traiter des réglementations nationales sur le traitement préférentiel des populations indigènes. Elle trace la ligne de ce qui pourrait être considéré comme allant au-delà des principes de légitimité et de proportionnalité et de l'état de nécessité pour constituer une atteinte au principe de non-discrimination⁵⁰.

Conclusion

L'intégration à l'échelle continentale accroîtra nécessairement les flux intra-africains. La hausse escomptée des flux intra-africains au sein de la ZLECAf entraînera inévitablement quant à elle une hausse parallèle des différends intra-africains.

La ZLECAf a fait le choix d'une résolution inter-étatique des différends. L'article 20 de l'Accord portant sa création prévoit la création d'un mécanisme de résolution des différends entre les États parties qui s'applique conformément au Protocole sur les Règles et Procédures Relatives au Règlement des différends (le « Protocole »). Cela s'inscrit dans la volonté de la ZLECAf d'instaurer un mécanisme de règlement des différends qui serait juste, équitable et prévisible (art. 2 du Protocole). L'Article 4 du Protocole dispose que le mécanisme de règlement des différends de la ZLECAf constitue un « *élément essentiel pour assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial régional* ». Selon le Protocole, le « *mécanisme de règlement des différends préserve les droits et obligations des États parties résultant de l'Accord et clarifie les dispositions existantes de l'Accord conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public* ».

L'Organe de Règlement des Différends de la ZLECAf⁵¹, inspiré du mécanisme de l'OMC pourrait-il vraiment prendre son envol et permettre une unification à l'échelle continentale de la conception africaine en matière d'investissement et d'arbitrage international ? Dans ce cas, cet Organe prendrait ainsi un rôle semblable à celui de la CCJA ou de la Cour de justice de l'Union européenne en assurant une application uniforme des normes à l'échelle continentale.

Cependant, une intégration effective à l'échelle continentale requiert d'accorder aux investisseurs un droit d'accès direct à la résolution de leurs différends sans dépendre de la décision de leurs États de porter ou non leurs voix devant l'Organe des Différends de la ZLECAf. L'Article 43 du CPAI le permet d'ailleurs. Il prévoit la résolution des différends d'investissements par voie d'arbitrage sous une triple condition : (i) le recours à des centres régionaux africains à l'exclusion des centres non-africains, (ii) le consentement de l'État soit dans un contrat, soit en vertu des lois

50. *Bernhard von Pezold c/ Zimbabwe*, sentence CIRDI n° ARB/10/15, 28 juillet 2015. Certes, le Tribunal arbitral avait considéré dans cette affaire que le concept de légitimité (marge d'appréciation) était le fruit de la construction jurisprudentielle de la Cour EDH et lui était propre (§465 de la sentence) et a refusé d'appliquer les principes de proportionnalité et de légitimité pour atténuer la responsabilité de l'État (§§ 460-467). Néanmoins, il nous semble que les arguments et les problématiques soulevés dans cette affaire sont transposables aux réglementations sur le contenu local et sur le traitement préférentiel des populations indigènes.

51. A. Kidisil, "Dispute settlement under the AfCFTA: Opportunities for African arbitration practitioners", 3^e conférence annuelle de l'AfAA, 4 novembre 2022.

nationales de l'État hôte, (iii) et l'épuisement des voies de recours internes. La solution retenue par le Protocole sur l'investissement de la ZLECAf à la suite de son adoption en février 2023 doit être encore précisée. Dans sa version de novembre 2021, le protocole prévoyait le recours au(x) : (i) centres d'arbitrage africains, (ii) le CIRDI, (iii) l'arbitrage ad hoc sous le règlement CNUDCI, ou (iv) autre institution ou centre d'arbitrage. La dernière version examinée avant son adoption prévoyait quant à elle, en cas d'échec des mécanismes de règlements des différends par voie amiable, le recours à l'arbitrage mais uniquement devant des centres d'arbitrage africains⁵². Le continent africain compte de nombreux centres d'arbitrage⁵³, les plus réputés étant le CRCICA, le KIAC, le NIAC, la LCA, l'AFSA et la CCJA. Le Continent regorge ainsi d'institutions arbitrales et de talents africains en mesure de trancher les différends entre les investisseurs et les États hôtes d'une part, et entre personnes privées d'autre part, selon des normes nationales, régionales ou continentales répondant aux aspirations du Continent pour un développement durable.

En somme, il est légitime de parler d'africanisation lorsqu'il s'agit d'arbitrage d'investissement. Le Continent africain témoigne en effet d'une production normative effervescente qui remanie les concepts et standards traditionnels prévus par les TBI et les tribunaux arbitraux pendant des décennies. La voie est désormais tracée selon les vœux de Léopold Sédar Senghor : *Accéder à la modernité sans piétiner notre authenticité*.

52. Ch. Nyombi, *op. cit.*

53. "The 2020 SOAS ARBITRATION IN AFRICA SURVEY REPORT – Top African Arbitral Centres and Seats", 30 June 2020, <[chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://eprints.soas.ac.uk/33162/1/2020%20Arbitration%20in%20Africa%20Survey%20Report%2030.06.2020.pdf](https://eprints.soas.ac.uk/33162/1/2020%20Arbitration%20in%20Africa%20Survey%20Report%2030.06.2020.pdf)>, dernièrement consulté le 6 juin 2023.

The Rising Profile of Investment Arbitration in Africa

Funke ADEKOYA SAN
*Independent Arbitrator*¹

ABSTRACT

Today, the arbitral landscape in Africa is progressing in many ways through the ever-growing number of arbitration centres in the continent; model BITs, such as the African Arbitration Academy's Model BIT; and state-of-the-art investment codes, such as the Investment Protocol for AfCFTA. As the number of African signatory States to the ICSID Convention keeps increasing, reported statistics of cases involving African parties over the past 20 years also reveal a noticeable increase in the participation of African States as respondents in investment disputes. This is not only credited to the fact that Africa remains a prime investment destination of choice globally, but also because arbitration is a preferred dispute resolution mechanism across the continent. Yet, despite Africa's rising profile in the investment dispute space, significant concerns have been raised regarding the limited number of appointments of arbitrators from within the continent, the exorbitant costs of arbitration proceedings, extremely high damages awarded against African States, as well as inconsistent and flawed decisions. This article analyses both ends of the spectrum on this debate. It also focusses on the recent changes to the arbitration legal framework in the African States of Tanzania, South Africa, and Sierra Leone, and changes effectuated in OHADA countries and to the CCJA Rules. Lastly, it considers the BRI potential for China – Africa disputes and possible future trends in African arbitration disputes.

Introduction: Africa and investment disputes

Going by recent statistics, Africa has become an investment destination of choice in the last twenty years, with financial inflows recorded by the United Nations Conference on Trade and Development (“UNCTAD”) as consistently moving upwards since 1990.² After a dip in 2020 caused by the Covid-19 pandemic,

1. The author acknowledges the assistance received from her associate, Ms. Tobi Adesanmi in conducting some background research for this paper.

2. See, “Global foreign direct investment flows over the last 30 years”, UNCTAD, 9 June 2022 (<https://unctad.org/data-visualization/global-foreign-direct-investment-flows-over-last-30-years>). See also, UNCTAD World Investment Report 2022 (<https://worldinvestmentreport.unctad.org/world-investment-report-2022/>).

investment flows to Africa reached a record US\$83 billion in 2021.³ It goes without saying that where investments go, disputes are bound to follow.

According to research conducted by the Transnational Institute, a non-governmental think tank, in the six years preceding its publication in 2019, African governments received more investor claims than the total combined number for the previous 20 years,⁴ bringing the total number of known investment treaty claims brought against African governments until January 2019 to 106.⁵ In fact, by January 2019, 28 out of the 55 African States had been sued by investors before international arbitral tribunals, although cases against Algeria, Egypt and Libya account for nearly 50% of the total number.⁶

Arbitration is an accepted dispute resolution mechanism on the African continent – a study from March 2020 lists about 89 arbitration centres across Africa.⁷ According to the 2020 Arbitration In Africa Survey Report – Top African Arbitral Centres and Seats,⁸ the top five arbitral centres in Africa based on the number of arbitration cases administered and the memorandums of understanding (“MoUs”) concluded with other arbitration centres are the Arbitration Foundation of Southern Africa (“AFSA”); Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration (“CRCICA”); Ouagadougou Arbitration and Mediation & Conciliation Centre (“OAMCC”); OHADA Common Court of Justice and Arbitration Centre (“CCJA”); and the Kigali International Arbitration Centre (“KIAC”).

A review of the available caseloads of two of these centres shows that between December 2017 (when South Africa enacted its International Arbitration Act)⁹ to February 2022, the number of matters referred to AFSA for resolution had grown to 120 with parties from 43 countries.¹⁰ CRCICA reports having administered a total of 1385 cases at the end of 2019, including 82 new cases in 2019 alone.¹¹ Further interrogation of the survey results however suggests that to the extent that these arbitral institutions have active caseloads, it is likely that most of them handle

3. See, “Investment flows to Africa reached a record \$83 billion in 2021”, UNCTAD, 9 June 2022 (<https://unctad.org/news/investment-flows-africa-reached-record-83-billion-2021>).

4. See, “ISDS in Numbers: Impacts of Investment Arbitration against African States”, 8 October 2019, pp. 1-3, 9 (https://www.tni.org/files/publication-downloads/isds_africa_web.pdf).

5. Post January 2019, 33 known cases have been registered by ICSID against African States bringing the total number to 139 until 31 December 2022. See, ICSID Case Database (<https://icsid.worldbank.org/cases/case-database>).

6. *Ibid.* p. 4.

7. See, “Updated List of African Arbitration Centres/Institutions”, 20 March 2020 (<https://afas-global.org/files/List%20of%20Known%20Arbitration%20Institutions%20in%20Africa.pdf>).

8. See, “2020 Arbitration in Africa Survey Report – Top African Arbitral Centres and Seats”, 30 June 2020 (<https://eprints.soas.ac.uk/33162/1/2020%20Arbitration%20in%20Africa%20Survey%20Report%2030.06.2020.pdf>).

9. See, “International Arbitration Act (Act No. 15 of 2017), Republic of South Africa”, 20 December 2017 (https://www.gov.za/sites/default/files/gcis_document/201712/41347internationalarbitrationact15of2017.pdf).

10. See, “AFSA @ Work, the official newsletter of the Arbitration Foundation of Southern Africa”, October-November 2022, p. 9 (https://arbitration.co.za/wp-content/uploads/2022/10/AFSA-Newletter_OCT-NOV-2022.pdf).

11. See, “Institutional Arbitration in Africa: Opportunities and Challenges”, White & Case Insight, 17 September 2020 (<https://www.whitecase.com/insight-our-thinking/institutional-arbitration-africa-opportunities-and-challenges>); See, “Cairo centre unveils case figures and new advisers”, Global Arbitration Review, 15 May 2020 (<https://globalarbitrationreview.com/article/1226853/cairo-centre-unveils-case-figures-and-new-advisers>).

only domestic disputes, as most of the listed centres are not known within the international arbitration community.

The latest ICSID caseload reported in 2023 and the ICSID case database support the narrative that investment disputes are on the increase in Africa. Since 1993, when the first ICSID case was filed against an African country, 139 investment cases related to Africa have been filed, with African parties constituting 19% of the cases filed in 2022.¹² The geographic distribution of all investment treaty cases registered with ICSID from 1966 to 2022 indicates that African States account for around 15% of such caseload.¹³

However, while 19% of the 41 cases registered at ICSID in 2022 had an African State party, only 3% of all arbitrators, conciliators and annulment committee members appointed in ICSID cases were classified as from within the African geographic region within the same period.¹⁴ All of such appointments of 2022 were made by ICSID.¹⁵ It can safely be said that the rising profile of Africa in the investment dispute space is not matched in the investment dispute resolution space.

Africa and the ISDS system

Due to the increasing number of disputes brought against African governments and State entities, concerns have been raised in recent times about the traditional investor-State dispute settlement (“ISDS”) system, citing a perceived lack of inclusion of African arbitrators in the dispute resolution process, exorbitant costs of arbitration proceedings and the perceived extremely high damages awarded against African States in arbitral awards, as well as inconsistent and flawed decisions. Some countries have also complained that the system allows foreign investors to challenge legitimate public welfare measures of host States before international arbitration tribunals. Governments are concerned about their sovereignty and policy space as threats of investor-State disputes potentially discourage governments from adopting regulations and initiating legislation, which the States believe to be in the public interest.

A changing legislative framework for investments

At present Africa does not have any investment regulation legislation that applies throughout the continent. Instead, instruments that regulate the inflow of foreign investment, and the disputes that may occur as a result, are fragmented and

12. “The ICSID Caseload – Statistics, Issue 2023-1”, International Centre for Settlement of Investment Disputes, 2023, p. 24 (https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Caseload%20Statistics%20Charts/The_ICSID_Caseload_Statistics.1_Edition_ENG.pdf); ‘ICSID Releases 2022 Caseload Statistics’, ICSID News Release, 30 January 2023 (<https://icsid.worldbank.org/news-and-events/communiqués/icsid-releases-2022-caseload-statistics>). See also, ICSID Case Database (<https://icsid.worldbank.org/cases/case-database>).

13. ICSID Case Database (<https://icsid.worldbank.org/cases/case-database>).

14. “The ICSID Caseload – Statistics, Issue 2023-1”, International Centre for Settlement of Investment Disputes, 2023, pp. 24, 28 (https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Caseload%20Statistics%20Charts/The_ICSID_Caseload_Statistics.1_Edition_ENG.pdf).

15. *Ibid.*, p. 28.

scattered across several investment instruments concluded by African countries either among themselves or with other countries. This is understandable when one takes into account the different legal systems which coexist on the continent. While most English-speaking countries have common law based legal systems, legislations in French speaking countries operate a civil law system based on the Napoleonic code. South Africa has a mixed legal system – a hybrid of Roman Dutch civilian law and English common law, while laws in North African countries, though based on the French civil code, sometimes have included Islamic principles into their banking laws and investment instruments. This may have somewhat hindered the inflow of foreign investment into Africa as multi-country investors are forced to deal with business and investment regulations that differ from country to country.

In response to these concerns, various initiatives have been embraced by countries, the African Union and African arbitral bodies in an effort to guide the African States in their approach to investor protection.

The Pan African Investment Code

The first effort was the drafting under the auspices of the African Union of the Pan African Investment Code (“PAIC”).¹⁶, a non-binding legal instrument which States are encouraged to use as the framework for negotiating their respective bilateral or multilateral investment treaties (“BITs”, “MITs”), thereby ultimately providing a unified investor climate throughout the continent. Its aim is to provide a structure for the drafting of BITs and MITs that will promote, facilitate and protect foreign investments while ensuring the sustainable development of each member State. Although trading under the African Continental Free Trade Agreement (“AfCFTA”) was to have commenced on 1 January 2021, it has not yet commenced.¹⁷ The PAIC was proposed as the foundation upon which the terms of the AfCFTA investment protocol will be drafted.¹⁸

In an effort to promote balance between the rights of investors and African States, the PAIC contains specific obligations for investors. Chapter 4 titled “*Investor Obligations*” comprises of Articles 19 to 24 which impose obligations on investors with respect to (1) framework for corporate governance, (2) socio-political issues, (3) bribery, (4) corporate social responsibilities, (5) obligations as to the use of

16. See, “Draft Pan-African Investment Code”, African Union Commission – Economic Affairs Department, 31 December 2016 (https://au.int/sites/default/files/documents/32844-doc-draft_pan-african_investment_code_december_2016_en.pdf).

17. See, “Status of AfCFTA Ratification”, Tralac Infographics, 20 February 2023 ([https://www.tralac.org/resources/infographic/13795-status-of-afcfta-ratification.html#:~:text=Start%20of%20trading%20under%20the,ratification%20\(ordered%20by%20date\)%3A](https://www.tralac.org/resources/infographic/13795-status-of-afcfta-ratification.html#:~:text=Start%20of%20trading%20under%20the,ratification%20(ordered%20by%20date)%3A)). As also provided at the AfCFTA webpage (<https://au-afcfta.org/about/>), the AfCFTA entered into force on 30 May 2019, after 24 Member States deposited their Instruments of Ratification following a series of continuous continental engagements spanning since 2012. The commencement of trading under the AfCFTA was on 1 January 2021.

18. Jamie MACLEOD, “An overview of PAIC in relation to the AfCFTA Investment Protocol” in Max MENDEZ-PARRA, “AfCFTA investment negotiations – Notes on concepts”, African Union, UK Department for International Development, Overseas Development Institute, May 2020, pp. 23-27 (<https://set.odi.org/wp-content/uploads/2020/06/Investment-Training-Notes.pdf>).

natural resources and (6) business ethics and human rights respectively.¹⁹ Under Article 20,²⁰ the socio-political obligations to which the investor must adhere include, *inter alia*, respect for cultural values, the non-interference in internal political affairs, prohibition against financing political parties as well as the non-interference in intergovernmental relations, while acts of bribery are prohibited by Article 21.²¹

Finally, the PAIC requires investors to comply with business ethics and human rights in the implementation of their investments, such as support and respect for the protection of internationally recognized human rights, the elimination of all forms of forced and compulsory labour, including the effective abolition of child labour, and to eliminate discrimination in respect of employment and occupation.²²

These provisions, if enshrined in a BIT, will provide the basis for States to institute claims or counterclaims within the ISDS process as even though the ICSID Convention accepts counterclaims under certain conditions,²³ in practice, tribunals often deny jurisdiction over counterclaims due to the absence of a clear treaty provision expressly allowing for such claims by the State. By way of analogy, in India's 2015 Model BIT, which contains similar investor obligations, the provisions are stated as a "best endeavour" requirement.²⁴ This non-mandatory investor obligation results in the procedural incapacity of the host State in bringing counterclaims against any erring investor. In the absence of a specific legal basis upon which to bring a counterclaim, the admissibility of the claim will depend on the discretion of the arbitral tribunal. The inclusion of an express reference to counterclaims²⁵ thus clarifies any doubt that investors do consent to the tribunal's jurisdiction over these counterclaims.

19. Chapter 4, "Draft Pan-African Investment Code", African Union Commission – Economic Affairs Department, 31 December 2016, pp. 16-17 (https://au.int/sites/default/files/documents/32844-doc-draft_pan-african_investment_code_december_2016_en.pdf).

20. Article 20, "Draft Pan-African Investment Code", African Union Commission – Economic Affairs Department, 31 December 2016, p. 16 (<https://set.odi.org/wp-content/uploads/2020/06/Investment-Training-Notes.pdf>).

21. *Ibid.*, Article 21, p. 17.

22. *Ibid.*, Article 24.

23. Article 46 of the ICSID Convention provides that "[e]xcept as the parties otherwise agree, the Tribunal shall, if requested by a party, determine any incidental or additional claims or counterclaims arising directly out of the subject-matter of the dispute provided that they are within the scope of the consent of the parties and are otherwise within the jurisdiction of the Centre." (https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID_Convention_EN.pdf).

24. India Model BIT 2015, 28 December 2015, Article 12 (<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3560/download>). Article 12 "Corporate Social Responsibility", provides as follows: "Investors and their enterprises operating within its territory of each Party shall **endeavour** to voluntarily incorporate internationally recognized standards of corporate social responsibility in their practices and internal policies, such as statements of principle that have been endorsed or are supported by the Parties. These principles may address issues such as labour, the environment, human rights, community relations and anti-corruption."

25. Article 43 of the Draft Pan-African Investment Code titled "Counterclaims by Member States" provides "[a] Member State may initiate a counterclaim against the investor before any competent body dealing with a dispute under this Code for damages or other relief resulting from an alleged breach of the Code." (https://au.int/sites/default/files/documents/32844-doc-draft_pan-african_investment_code_december_2016_en.pdf).

AfCFTA and its investment protocol

The “zero draft” version of the Protocol on Investment to the Agreement Establishing the African Continental Free Trade Area (AfCFTA) draft (“Investment Protocol”)²⁶ was published in November 2021. It formed the basis for subsequent negotiations of the AfCFTA Council of Ministers, which began in late 2021. The negotiations concluded in October 2022 and the draft text of the Investment Protocol has been adopted at the ministerial level by the AfCFTA Council of Ministers.²⁷ An Investment Protocol was adopted by the AU Assembly of Heads of State and Governments at its February 2023 meeting²⁸ although it is unclear at this time whether the “zero draft” as discussed herein was the version adopted as this protocol. The Investment Protocol settles the conundrum of what constitutes investor consent to State counterclaims in its draft Article 9 of Annex 1²⁹ while Article 21 enshrines the State’s right to regulate in the public interest, something that has been a major cause for concern for State governments to date.³⁰ Chapter 4 of the Investment Protocol titled ‘Investor Obligations’ draws heavily on the investor obligations stated in the PAIC.³¹ Annex 1 to the Investment Protocol contains the procedure for investment arbitration. In addition to the usual clauses relating to appointment of the tribunal, notice of a claim, etc., the annex also contains a clause requiring that arbitrators subscribe to the code of conduct for adjudicators subscribed to by UNCITRAL and ICSID; it also prohibits double hatting by arbitrators.³²

26. See, “Protocol on Investment to the Agreement Establishing the African Continental Free Trade Area – Zero Draft”, November 2021 (<https://www.tralac.org/documents/resources/cfta/4613-protocol-on-investment-to-the-agreement-establishing-the-afcfta-zero-draft-november-2021/file.html>). As the Council of Ministers’ draft of the Investment Protocol from October 2022 has not been published at the time of writing this article, this article focusses on the ‘zero draft’ version of the Investment Protocol.

27. See, “AfCFTA Protocol on Investment was concluded”, Investment Treaty News, 26 December 2022 (<https://www.iisd.org/itm/en/2022/12/26/afcfta-protocol-on-investment-was-concluded/>).

28. See, “Deepening the AfCFTA: celebrating the adoption of new protocols on investment, intellectual property rights and competition policy”, United Nations Economic Commission for Africa (UNECA) Blog, 16 March 2023 (<https://www.uneca.org/stories/%28blog%29-deepening-the-afcfta-celebrating-the-adoption-of-new-protocols-on-investment%2C>).

29. “Protocol on Investment to the Agreement Establishing the African Continental Free Trade Area – Zero Draft”, November 2021, Annex 1 – Rules and Procedures governing the Management and Settlement of Disputes under the Protocol on Investment to the Agreement establishing the AfCFTA, Part II – Investor-State Arbitration, Article 9 – Consent to Arbitration, p. 37 (“*Consent to arbitration shall be provided as follows: [...] b. by submitting a claim to arbitration, the investor also consents to counterclaims by the Host State for an alleged breach of the Protocol.*”) (<https://www.tralac.org/documents/resources/cfta/4613-protocol-on-investment-to-the-agreement-establishing-the-afcfta-zero-draft-november-2021/file.html>).

30. “Protocol on Investment to the Agreement Establishing the African Continental Free Trade Area – Zero Draft”, November 2021, Chapter 3, Article 21 – Right to Regulate, p. 19.

31. For instance, Article 29 of the Investment Protocol matches Article 24 of the PAIC to a large extent.

32. “Protocol on Investment to the Agreement Establishing the African Continental Free Trade Area – Zero Draft”, November 2021, Annex 1 – Rules and Procedures governing the Management and Settlement of Disputes under the Protocol on Investment to the Agreement establishing the AfCFTA, Part II – Investor-State Arbitration, Article 12 – Code of Conduct of Arbitrators, p. 38 (“*The arbitrators shall be bound at all times during the arbitration by the Code of Conduct for Adjudicators in Investor-State Dispute Settlement adopted by the UNCITRAL and ICSID. For greater certainty, no arbitrator can act concurrently as counsel in another actual or potential treaty-based arbitration involving an investor and a State.*”).

The African Arbitration Academy Model BIT (AAA Model BIT)

Another continent-wide but non-binding legal instrument which highlights the growing interest by Africa in having a common framework for regulating investment is the African Arbitration Academy Model BIT, (“AAA Model BIT”), which was released in July 2022.³³ The document states its main objective as being “to promote, encourage and increase investments, and enhance sustainable development in Africa”. It has been provided as a guide that States may use when drafting their own BITs or choose to adopt its terms wholesale. In response to the concerns of African States, the AAA Model BIT contains comprehensive provisions defining what constitutes the Most Favoured Nation status and National Treatment,³⁴ Fair and Equitable Treatment and Full Protection and Security standards,³⁵ issues which are often the basis upon which investment claims are made against African States. Article 22 of the AAA Model BIT covering dispute settlement permits respondents in investor-State arbitrations to file counterclaims.³⁶ The AAA Model BIT also includes the right of third parties to file *amicus curiae* briefs in investment arbitration proceedings provided that the submissions are directly relevant to the factual or legal issues under consideration and it provides the procedure in its Annex 3.

There has been a decline in the speed with which African States entered into BITs with other countries, possibly fuelled by their current discontent with the present ISDS system. The AAA Model BIT, as well as the PAIC and the proposed AfCFTA Investment Protocol provide a strong framework for African States looking to conclude BITs on an equal footing with other countries.

At the sub-regional level also, efforts have been made to provide an investment arbitration legal framework that is conducive to both States and investors.

Organization for the harmonization of African Business Law (OHADA)

A new OHADA³⁷ arbitration framework, comprising of the Uniform Act on Arbitration Law (“UAA”)³⁸ and the Rules of Arbitration of the Common Court of Justice (“CCJA Arbitration Rules”), which replaced the previous 1996 and 1999

33. African Arbitration Academy Model BIT, July 2022 (<https://jusmundi.com/en/document/pdf/treaty/en-africa-arbitration-academy-model-bilateral-investment-treaty-for-african-states-aaa-model-bit-friday-1st-july-2022>).

34. *Ibid.*, Article 4.

35. *Ibid.*, Article 5.

36. *Ibid.*, Article 22(G) provides that “[a] Respondent may initiate a Counterclaim for breach of the obligations set out under this Agreement before an Arbitral Tribunal established under this Article 22 and seek, as a remedy, suitable declaratory relief or monetary compensation.”

37. OHADA is the French acronym for «Organisation pour l’Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires». Translated into English it is known as «Organisation for the Harmonization of Business Law in Africa». The organisation was established by Treaty on 17 October 1993 in Port Louis (Mauritius), and was revised in 2008 in Quebec (Canada) (<https://www.ohada.org/en/history-of-ohada/>).

38. Uniform Act on Arbitration Law, OHADA, 23 March 2017 (entered into force on 15 March 2018) (<https://www.ohada.org/en/arbitration-law/>).

versions, came into force on 15 March 2018.³⁹ This new framework aims to make the OHADA region of French speaking Africa⁴⁰ a more attractive business environment through further harmonisation of its business laws. The legal community's commentary resulting from the CCJA decision annulling the award⁴¹ in *Getma v Guinea*⁴² was possibly a further incentive for OHADA to overhaul its arbitration rules and the set aside provisions in the new Rules.

OHADA, in reforming its arbitration framework, included at least one provision directly related to the *Getma v Guinea* case as the new Rules state that while any private agreement on the arbitrators' fees, which is made without the approval of the Court, is null and void, such agreement does not constitute a ground for annulment of the award.⁴³ It is noted however that the CCJA Arbitration Rules provide that the fees of arbitrators shall be fixed by the Court in accordance with the scale schedule of fees established by the General Assembly of the Court and approved by the Council of Ministers of OHADA, in accordance with Article 4 of the Treaty.⁴⁴ The Rules also grant the Court power to fix the arbitrator fees at a higher or lower amount than the fee scale.⁴⁵ It is not clear whether that schedule of fees has been amended under this new framework, as otherwise it may remain a disincentive to arbitrators approached to act in OHADA based arbitrations.

The new framework extends the scope of OHADA arbitration to include investment arbitrations by confirming the ability of public entities to consent to arbitration (Articles 1 and 2), while Article 3 expressly allows foreign investors to start an arbitration based on any instrument related to the protection of investments, including BITs and local investment laws.⁴⁶

This is mirrored in the CCJA Arbitration Rules, which afford the Court an arm's length jurisdiction, and which include arbitration proceedings premised on BIT's or national investment laws (Article 2.1).⁴⁷

39. Règlement d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, OHADA, 23 March 2017 (entered into force on 15 March 2018) (<http://www.droit-afrique.com/uploads/OHADA-Reglement-2017-arbitrage-CCJA.pdf>)

40. To date, seventeen (17) States are members of OHADA: Benin, Burkina Faso, Cameroon, Central African Republic, Côte d'Ivoire, Congo, Comoros, Gabon, Guinea, Guinea Bissau, Equatorial Guinea, Mali, Niger, the Democratic Republic of Congo (DRC), Senegal, Chad and Togo.

41. *Getma International v Republic of Guinea* (I), CCJA Case No. 001/2011/ARB, Award dated 29 April 2014.

42. *République de Guinée (Republic of Guinea) v GETMA International*, Arrêt No. 139/2015, Judgment of the Common Court of Justice and Arbitration of OHADA dated 19 November 2015. The CCJA set aside the award on the grounds that the arbitrators had exceeded their mandate by negotiating directly and making private arrangements with the parties to enhance their fees to €450,000, in breach of a 2011 court order which limited their fees to €60,000 (approximately).

43. See also, Gaston Kenfack Douajini, "Recent Developments in OHADA Arbitration", *Global Arbitration Review*, 20 April 2020 (<https://globalarbitrationreview.com/review/the-middle-eastern-and-african-arbitration-review/2020/article/recent-developments-in-ohada-arbitration>).

44. Règlement d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, OHADA, 23 March 2017 (entered into force on 15 March 2018), Rule 24.3[a] (<http://www.droit-afrique.com/uploads/OHADA-Reglement-2017-arbitrage-CCJA.pdf>).

45. *Ibid.*, Rule 24.4.

46. Uniform Act on Arbitration Law, OHADA, 23 March 2017 (entered into force on 15 March 2018), Articles 1-3 (<https://www.ohada.org/en/arbitration-law/>).

47. Règlement d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, OHADA, 23 March 2017 (entered into force on 15 March 2018), Article 2.1 (<http://www.droit-afrique.com/uploads/OHADA-Reglement-2017-arbitrage-CCJA.pdf>)

Series of workshops and training sessions are organised as part of a project to support the popularization and dissemination of OHADA law in Central Africa.⁴⁸

The inclusion of investment arbitration in the UAA and the CCJA Arbitration Rules, though an innovation in the OHADA investment dispute resolution landscape, has not yet achieved the intended results, and to the knowledge of the author no BIT concluded by an OHADA member has yet included a reference to dispute resolution using the CCJA Rules.

Recent changes to the arbitration legal framework on a national basis, as discussed below, further signifies the increasing attention which African countries are paying to international arbitration in general and to investment arbitration in particular.

(i) Tanzania

Possibly in response to the backlash of negative commentary and investment treaty arbitrations commenced against the Tanzanian government, as a result of its enactment of the Natural Wealth and Resources (Permanent Sovereignty) Act 2017 (“NWA”)⁴⁹ and the Natural Wealth and Resources (Review and Re-Negotiation of Unconscionable Terms) Act 2017, in 2020 Tanzania enacted a new legislation on arbitration.⁵⁰ The NWA had prohibited recourse to international arbitration as Section 11(2) of the act stated that “[f]or the purpose of subsection (1), disputes arising from extraction, exploitation or acquisition and use of natural wealth and resources shall be adjudicated by judicial bodies or other organs established in the United Republic and in accordance with laws of Tanzania.” The Tanzanian Arbitration Act 2020 (“TAA”) amends Sections 11(2) and (3) of the NWA,⁵¹ and Section 22(b) of the Public Private Partnership Act 2010 (“PPA”)⁵² to remove the word “established” in respect of judicial bodies or other organs. This permits access to arbitration under the auspices of foreign arbitral bodies (such as ICC and LCIA) which are not ‘established’ in Tanzania; however retaining the words “in the United Republic” and “in accordance with laws of Tanzania” would seem to indicate that Tanzania wishes to retain both the seat and venue of the arbitration within the country. Perhaps because the TAA is attuned to having Tanzania as the seat for all investment disputes, it does not mention the New York Convention, and permits extensive court intervention in the arbitration process.

48. See, for instance, on the 13-14 March 2023, a workshop on the popularization of alternative dispute resolution was organised in Kinshasa as part of project for the support of the popularization and dissemination of OHADA law in Central Africa (<https://www.ohada.org/en/ohada-news/>).

49. Natural Wealth and Resources (Permanent Sovereignty) Act 2017, United Republic of Tanzania, 7 July 2017, Section 11 prohibited investors from resorting to international arbitration, where the subject matter of the dispute concerned natural resources (<https://faolex.fao.org/docs/pdf/tan185073.pdf>).

50. The Arbitration Act 2020, United Republic of Tanzania, 21 February 2020 (<https://www.velmalaw.co.tz/wp-content/uploads/2020/05/Arbitration-Act-2020.pdf>).

51. Natural Wealth and Resources (Permanent Sovereignty) Act 2017, United Republic of Tanzania, 7 July 2017, Section 11 (<https://faolex.fao.org/docs/pdf/tan185073.pdf>).

52. Public Private Partnership Act 2010, United Republic of Tanzania, 18 June 2010 (https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/Tanzania_PPP%20Act_EN.pdf).

Although the TAA mandates that dispute resolution will now take place from Tanzania, as a signatory to the ICSID Convention, claimants have opted for the ISDS and there are currently five pending cases against Tanzania.⁵³ It remains to be seen whether the TAA will in fact make local arbitration more attractive to foreign investors.

(ii) South Africa

The South African International Arbitration Act was enacted in 2017 and incorporates the UNCITRAL Model Arbitration Law into South African Law as Schedule 1 to the Act is, in effect, a restatement of the UNCITRAL Model Law.⁵⁴ When viewed against the backdrop of its previous actions, discussed below, this seems to indicate that the country is providing a home-based framework for ISDS.

Indeed, in 2011, the government had given notice to the European Union of its decision to unilaterally terminate its BITs with certain European Union members and indicated its intention to cancel further treaties in the future.⁵⁵ While withdrawing from these BITs, it enacted the Protection of Investment Act ("PIA"), which in its Section 6 replaces the fair and equitable treatment standard with "*fair administrative treatment*" and significantly limits access to international arbitration.⁵⁶ With the PIA, South Africa seeks to replace the revoked BITs with a new investment protection law grounded in its domestic regulation rather than in international law. Investment disputes will now fall under the jurisdiction of the 2017 International Arbitration Act. Its provisions include those that deal with the recognition and enforcement of foreign arbitral awards and it replaces the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards Act 1977,⁵⁷ in its entirety.

The 2017 International Arbitration Act attempts, among other things, to codify standard BIT provisions and provide domestic legislation that deals with investor-State relations.

(iii) Sierra Leone

Prior to 2022, the key legislation on arbitration in Sierra Leone was the 1960 Arbitration Law which was based on the English Arbitration Act 1960. In

53. See, *Montero Mining and Exploration Ltd v United Republic of Tanzania* (ICSID Case No. ARB/21/6); *Nachingwea U.K. Limited (UK), Ntaka Nickel Holdings Limited (UK) and Nachingwea Nickel Limited (Tanzania) v United Republic of Tanzania* (ICSID Case No. ARB/20/38); *Winshear Gold Corp. v United Republic of Tanzania* (ICSID Case No. ARB/20/25); *EcoDevelopment in Europe AB and EcoEnergy Africa AB v United Republic of Tanzania* (ICSID Case No. ARB/17/33) (Annulment Proceedings); and *Standard Chartered Bank v United Republic of Tanzania* (ICSID Case No. ARB/10/12) (Stayed) (<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>).

54. International Arbitration Act 2017, Republic of South Africa, 20 December 2017 (https://www.gov.za/sites/default/files/gcis_document/201712/41347internationalarbitrationact15of2017.pdf).

55. See, "SA's cancellation of bilateral investment treaties – strategic or hostile?", News 24, 28 September 2018 (<https://www.news24.com/fin24/sas-cancellation-of-bilateral-investment-treaties-strategic-or-hostile-20180928-3>).

56. Protection of Investment Act 2015, Republic of South Africa, 15 December 2015, Section 6 (https://www.gov.za/sites/default/files/gcis_document/201512/39514act22of2015protectionofinvestmентаct.pdf).

57. Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards Act 1977 (Repealed), Republic of South Africa, 13 April 1977 (https://www.gov.za/sites/default/files/gcis_document/201503/act-40-1977.pdf).

September 2022 this was repealed and replaced with a new Arbitration Act.⁵⁸ The Act is likely to be the newest arbitration law on the continent, possibly the reason why it makes provision for issues such as third-party funding, which other African common law based countries have yet to reach agreement on as to its permissibility within their legal systems. The 2022 Act reflects the UNCITRAL Model Law and makes provisions for issues such as interim relief, confidentiality, recognition and enforcement of foreign awards, among others.⁵⁹

Africa's contribution to the ISDS system

African countries have frequently appeared as respondents before international investment arbitration tribunals for violating their investment treaty obligations, mostly provisions on expropriation. In 2022, 19% of the cases filed at ICSID involved African State parties.⁶⁰ UNCTAD reported in 2018 that in most of such cases filed between 1987 and the date of its report, African State parties have been found liable.⁶¹ However, their participation in the ISDS system has positively contributed to the development of international investment law.⁶² Tunisia was the first State to sign the ICSID Convention when it opened for signature,⁶³ while the first ICSID arbitration case was in 1972 against an African party.⁶⁴ *Republic of Gabon v Société Serete S.A.*⁶⁵ was the first case in which the State was the claimant while the first arbitral award was issued in *Adriano Gardella S.p.A. v Côte d'Ivoire*⁶⁶ in 1977. Africa also heralded the first request for annulment of award in 1982.⁶⁷

58. Arbitration Act, 2022, Republic of Sierra Leone, 22 September 2022 (<https://www.parliament.gov.sl/uploads/acts/THE%20ARBITRATION%20ACT,%202022.pdf>).

59. See, Yannick Kouassi, "World Arbitration Update: Legal Developments in Sub-Saharan Africa – Africa's Blooming", Kluwer Arbitration Blog, 19 November 2022 (<https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/11/19/world-arbitration-update-legal-developments-in-sub-saharan-africa-africas-blooming/>).

60. "The ICSID Caseload – Statistics, Issue 2023-1", International Centre for Settlement of Investment Disputes, 2023, p. 24.

61. See, Talkmore Chidede, "Investor-State dispute settlement in Africa and the AfCFTA Investment Protocol", Tralac Blog, The Trade Law Centre NPC, 11 December 2018 (<https://www.tralac.org/blog/article/13787-investor-state-dispute-settlement-in-africa-and-the-afcfta-investment-protocol.html>). The reference to the UNCTAD data herein is from 2018 and therefore, limited to the 99 investor-State dispute claims, which were then known to have been filed against African States since 1987. Updated statistics are available at the beginning of this article.

62. Emilia Onyema, "African Participation in the ICSID System: Appointment and Disqualification of Arbitrators", ICSID Review, Volume 34, Issue 2, 2019, p. 370 (<https://academic.oup.com/icsidreview/article/34/2/365/5702181>).

63. When the ICSID Convention opened for signature on 18 March 1965, Tunisia was the first to sign it on 5 May 1965. The convention was ratified on 22 June 1966 and it came into force in Tunisia on 14 October 1966.

64. *Holiday Inns S.A. and Others v Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/72/1, 1972 (<https://www.italaw.com/cases/3391>).

65. *Republic of Gabon v Société Serete S.A.*, ICSID Case No. ARB/76/1, 1976 (<https://www.italaw.com/cases/3565>).

66. *Adriano Gardella S.p.A. v Côte d'Ivoire*, ICSID Case No. ARB/74/1, Award dated 29 August 1977 (<https://www.italaw.com/cases/3503>).

67. *Klockner Industrie Anlagen GmbH and Others v United Republic of Cameroon and Société camerounaise des engrais*, ICSID Case No. ARB/81/2, Decision on Annulment of 3 May 1985.

In the realm of investment treaty jurisprudence, the famous “*Salini test*” which is now used to define the meaning of “*investment*” under the ICSID Convention was the result of Morocco’s⁶⁸ objection to the tribunal’s *ratione personae* jurisdiction in the dispute over compensation claims for a cancelled construction project. This resulted in the universally accepted four-way criteria for determining what constitutes an investment for the purposes of founding a BIT claim.

More recently, other cases involving African States have contributed to expanding the discussion on certain aspects of international investment law. In *Bernhard von Pezold and others v Zimbabwe*, the ICSID tribunal clarified the conditions for an NGO’s involvement as *amicus curiae* in arbitral proceedings on the basis of human rights violations.⁶⁹ In October 2018, the tribunal in *Cortec Mining et al v Kenya*⁷⁰ rejected the investors’ claim, finding that the alleged investment did not qualify as a protected investment under the UK–Kenya BIT as the investors had failed to comply with Kenyan law in obtaining a mining licence. The tribunal noted that “[n]on-compliance with the protective regulatory framework was a serious matter. The Tribunal has already discussed at length the disregard exhibited by the Claimants for compliance issues.”⁷¹ Of crucial importance in this case is that the BIT in question did not include an express requirement (found in a number of other treaties) that investments be made in accordance with the law of the host State.⁷²

The question as to whether each party should bear its own costs when a matter is discontinued came up for discussion in *Piero Foresti, Laura de Carli & Others v The Republic of South Africa*,⁷³ a case in which a group of European mining investors submitted a request to ICSID for international arbitration against the South African government, relying on the Italy–South Africa BIT and the Belgium and Luxembourg–South Africa BIT. The claimants alleged that compliance with the State’s Mineral and Petroleum Resources Development Act, which required that they divest 26% of their investments to historically disadvantaged South Africans as part of South Africa’s Black Economic Empowerment requirements, amounted to expropriation and a breach of fair and equitable treatment. When the claimants ultimately applied to discontinue the proceedings on the ground that their claim had been ‘settled’ by South Africa’s grant of new mining rights, in directing the claimants to bear part of State’s costs, the tribunal noted that while claimants in investment arbitrations are, in principle, entitled to the costs

68. *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction dated 23 July 2001, para 52 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0738.pdf>).

69. *Bernhard von Pezold and others v Republic of Zimbabwe*, ICSID Case No. ARB/10/15, Award dated 28 July 2015 (https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7095_0.pdf).

70. *Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited and Stirling Capital Limited v Republic of Kenya*, ICSID Case No. ARB/15/29, Award dated 22 October 2018 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10051.pdf>).

71. *Ibid.*, para 348.

72. See, Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Kenya em 4597 for the Promotion and Protection of Investments (“UK–Kenya BIT”), 13 September 1999 (<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1795/download>).

73. *Piero Foresti, Laura de Carli and others v Republic of South Africa*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/1, Award dated 4 August 2010 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0337.pdf>).

necessarily incurred in the vindication of their legal rights, they cannot expect to leave the respondent States to carry the costs of defending claims that are abandoned.

The BRI potential for China – Africa disputes

China has been Africa's largest trading partner for more than a dozen years and through its Belt and Road Initiative ("BRI"), it has made significant investments on the African continent. Its current portfolio covers investments usually made through Chinese loans. China support projects in 52 out of the 54 African countries, while it is poised to enter the 53rd market in Sao Tome and Principe. According to China's official statistics, 49 of the 54 countries (i.e. over 90%) have already signed MoUs with China supporting BRI expansion into their countries. Geographically, 22 of the 49 countries (nearly 50%) are located in West Africa, with East Africa (12 countries), North Africa (9 countries) and Southern Africa (6 countries) comprising the other 50% cumulatively. The African Union has also signed a MoU on BRI cooperation with China. Only 5 African countries—Eritrea, Benin, Mali, Sao Tome and Principe, and Eswatini (formerly Swaziland)—have neither signed an MoU nor expressed support.⁷⁴

Future disputes?

In 2019, 64 countries across the world had debt to GDP ratios over 60%, of which 21, i.e., one third, were African countries. However, all 12 of those who were classified as "*at high risk of*" or "*debt distressed*" in this group were African. In 2020, 26 out of the 79 countries that have debt to GDP ratios over 60% were African. 23 of these 26 countries are classified as "*at high risk of*" or "*debt distressed*".⁷⁵

These figures may have a significant impact on the trend of future China – Africa investment disputes, since most of the BRI investments in Africa are funded by Chinese loans.

In light of its increasing debt burden, Sierra Leone has scrapped plans to build a China-funded US\$318 million airport outside the capital, Freetown. This is the first instance of an African country announcing the cancellation of a China One Belt One Road project. The World Bank and the International Monetary Fund ("IMF") both warned earlier that this project may bring an unnecessary debt burden to Sierra Leone.⁷⁶

74. See, Lokanathan Venkateswaran, "China's Belt and Road Initiative: Implications in Africa", ORF Issue Brief No. 395, Observer Research Foundation, 24 August 2020 (<https://www.orfonline.org/research/chinas-belt-and-road-initiative-implications-in-africa/>).

75. See, "The 'African debt crisis' playbook – What's the real story?", Development Reimagined, 26 September 2022 (<https://developmentreimagined.com/2022/09/26/africandebtcrisisrealstory/>).

76. See, "Mamamah airport: Sierra Leone cancels China-funded project", BBC News, 10 October 2018 (<https://www.bbc.com/news/world-africa-45809810>); Dipanjan ROY CHAUDHURY, "Africa cancels a Belt and Road Initiative project for the first time", Economic Times Bureau, 25 October 2018

African States acknowledge that Chinese debt, if unpaid, may lead to the takeover of infrastructure projects financed through the BRI initiative. It is speculated that Uganda will lose control of its Entebbe airport to China because the Ugandan government waived international immunity in the agreement it signed to secure the loans, thereby exposing Entebbe International Airport to takeover without any international protection. Similarly, Nigeria waived its sovereignty to access a loan of US\$500 million from China for the financing of rail projects in the country.⁷⁷

China is not oblivious to the possibility of debt defaults or other contractual disagreements and in a forward thinking mode, has capitalised on its steady increase of foreign investments in Africa, and the desire for African countries to achieve international recognition as prospective seats and venues for the resolution of international disputes, by establishing a China-Africa Joint Arbitration Centre ("CAJAC") based on an agreement reached at the Beijing Consensus, signed in 2015, which agreed to develop a joint dispute resolution framework between China and Africa. One centre is headquartered in Johannesburg, South Africa, and another CAJAC Centre is located in Nairobi, Kenya. The CAJAC objective is to become the venue of choice for addressing business disputes between Chinese and African parties. Each CAJAC centre is required to apply CAJAC rules ensuring that a uniform set of arbitration provisions relating to the procedures, recognition and enforcement of arbitral awards is available.

The Centres operate using a standard set of rules⁷⁸ which can be supplemented by local rules of each centre. Article 1.1 of the CAJAC Rules announces that, "[t]he China Africa Joint Arbitration Centre (CAJAC) has been established at the instance of the Forum of China Africa Cooperation (FOCAC) to administer the resolution of international disputes arising between Chinese and African entities having the principal residence, place of business, nationality located in China or a country in Africa" while Article 1.2 provides for dispute resolution mechanisms, including mediation, conciliation and arbitration.

However, the dream of a China-Africa dispute resolution mechanism which would be supported and utilized by the business and legal communities of both China and Africa has not yet materialised as neither Chinese nor African parties have, to date, utilised CAJAC in international investment proceedings. The award in *Zhongshan Fucheng v Nigeria*⁷⁹ thought to be the first treaty award in which a tribunal has ruled in favour of a Chinese investor against an African State, is a case in point. The dispute related to the Ogun Guangdong Free Trade Zone, near Lagos, and the arbitration proceeded under the China-Nigeria BIT and utilised

(https://economictimes.indiatimes.com/news/international/world-news/africa-cancels-a-bri-project-for-the-first-time/articleshow/66363312.cms?utm_source=contentofinterest&utm_medium=text&utm_campaign=cppst).

77. See, Emeka UMEJEI, "China's Belt and Road Initiative and Debt-Trap Diplomacy in Africa", Daily Trust, 8 December 2021 (<https://dailytrust.com/chinas-belt-and-road-initiative-and-debt-trap-diplomacy-in-africa/>).

78. CAJAC Rules, China-Africa Joint Arbitration Centre, August 2015 (https://cajacjhb.com/wp-content/uploads/2020/10/CAJAC_Rules_2020.pdf).

79. See, Damien CHARLOTIN, "Revealed: Under the Radar BIT Claim by Chinese Investor against African State results in an Award", Investment Arbitration Reporter, 8 September 2021 (<https://www.iareporter.com/arbitration-cases/zhongshan-fucheng-v-nigeria/>). See also, *Zhongshan Fucheng Industrial Investment Co. Ltd. v Federal Republic of Nigeria*, Award dated 26 March 2021 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw170108.pdf>).

the UNCITRAL Arbitration Rules. The London-seated tribunal found multiple BIT breaches in the conduct of the State and its federal police, and the Chinese investor was awarded compensation which included moral damages.

In *Beijing Everyway Traffic and Lighting Tech Co v Ghana*,⁸⁰ a dispute brought by a Chinese investor against the government of Ghana, a claim was filed under the China-Ghana BIT alleging expropriation resulting from a cancelled contract to build an intelligent traffic management system. The UNCITRAL proceeding was administered by the Permanent Court of Arbitration and seated in London – another sign that the projected place of CAJAC centres within Africa's investment arbitration framework remains a mirage.

Future trends in African investment arbitration?

Historically, investment in African economies has been in the extractive sectors, with a focus on mining, and oil and gas sectors. With the expressed desire of many countries for a shift away from the export of natural resources towards manufacture and industrialisation, African governments have encouraged private sector investments in the construction and infrastructure sectors. As previously noted, with the amount of money invested by China in building infrastructure in many African countries,⁸¹ the likelihood of construction and infrastructure disputes between China and African parties looms large on the horizon.

Again, as African countries become more engaged in the investor-State dispute space, there is a possibility that States may actually find themselves positioned as claimants in future disputes. Such opportunities would present themselves sooner, should African States embrace the proposed AAA Model BIT, as discussed above, which includes obligations on the part of the investors.⁸²

One possibility will be a 'pre-emptive strike' action, where States go on the offensive and seek to compel investors to complete investment projects which they have commenced. Recently, Uganda has threatened that it will start arbitral proceedings if, as a result of pressure from the European Union citing environmental and human rights abuse concerns, Total Energies decides not to complete the East African Crude Oil Pipeline ("EACOP"), a project seeking to link oil reserves in the Lake Albert oilfields region to the Indian Ocean, through Uganda and Tanzania.⁸³

80. *Beijing Everyway Traffic & Lighting Tech. Co. Ltd v The Republic of Ghana* (I), PCA Case No. 2021-15, Final Award on Jurisdiction (Save as to Costs) – dated 30 January 2023 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw170999.pdf>). See also, Jack BALLANTYNE, "Ghana defeats Chinese company's treaty claim", Global Arbitration Review, 2 February 2023 (<https://globalarbitrationreview.com/article/ghana-defeats-chinese-companys-treaty-claim>).

81. See, Tim MCDONNELL, "China has invested more in Africa than the other top eight lenders combined", Quartz, 10 February 2022 (<https://qz.com/africa/2125769/china-has-invested-23-billion-in-african-infrastructure#:~:text=China%20lends%20billions%20of%20dollars,other%20country%20or%20international%20bank>).

82. African Arbitration Academy Model BIT, July 2022 (<https://jsumundi.com/en/document/pdf/treaty/en-africa-arbitration-academy-model-bilateral-investment-treaty-for-african-states-aaa-model-bit-friday-1st-july-2022>).

83. "TotalEnergies walks a tightrope as fresh hurdles threaten to delay pipeline project", Monitor, 26 September 2022 (<https://www.monitor.co.ug/uganda/news/national/totalenergies-walks-a-tightrope-as-fresh-hurdles-threaten-to-delay-pipeline-project-3961884>).

Another area of interest is the potential to bring environmental claims as investments in the natural resources sector that often result in claims of environmental abuse against investors whose activities damage the environment. Some such tensions have ended in commercial arbitration proceedings against multinational oil companies. In 2021, Royal Dutch Shell agreed to pay US\$112 million to Nigeria in compensation for oil spills in the Niger Delta over 50 years ago⁸⁴ while an ICSID case that reportedly relates to the same environmental liabilities has been discontinued.⁸⁵

Should the AfCFTA Investment Protocol be adopted or African States enter into treaties based on the AAA Model BIT, this is anticipated to be an area where a tension between the protection of investors on the one hand, and the power of States to regulate and uphold policies in accordance with the investor obligations to the environment on the other, may arise. The current world focus on climate change issues and a global concerted effort to transition from fossil fuels to renewable energy will pressurise African States to adopt 'green' initiatives aimed at tackling these problems, with a distinct possibility that such new initiatives may be the basis for future investor-State disputes, alleging a breach of the FET standard. Outside Africa, efforts by European governments to implement the Paris Accord by adopting 'green' measures to accelerate energy transition has resulted in a slew of cases alleging breach of the Energy Charter Treaty ("ECT"). Although no African country is yet a signatory to the ECT, some are now in the process of joining. Burundi, Eswatini and Mauritania are at the ratification stage while Uganda is waiting for the formal invitation to accede to the ECT. Niger, Chad, Gambia, Nigeria, and Senegal are amongst those preparing accession reports.⁸⁶

Should this happen, there exists the possibility of an '*Achmea*'-like series of investment claims where the State obligations in the ECT may conflict with investor obligations in AfCFTA Investment Protocol or the AAA Model BIT based treaties between African host countries and home States of investors.

Building in-country capacity

As African countries focus on promoting inward investment, with its attendant increasing risk of investment disputes, the complaint that investment arbitration is an extremely heavy financial burden on the treasuries of African States, continues to resonate. It is believed that the fees charged by international law firms hired by African States to defend them in these disputes contribute to a large extent to the burden on State treasuries. Even where in-country counsel, whether external or in-house, are briefed as co-counsel, they often do not have an opportunity to

84. Jack BALLANTYNE, "Shell to shell out in Nigerian oil spill dispute", *Global Arbitration Review*, 18 August 2021 (<https://globalarbitrationreview.com/article/shell-shell-out-in-nigerian-oil-spill-dispute>).

85. *Shell Petroleum N.V. and The Shell Petroleum Development Company of Nigeria Limited v Federal Republic of Nigeria*, ICSID Case No. ARB/21/7, Discontinued on 13 October 2022 (<https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB%2F21%2F7>).

86. Cecilia OLIVET, Faith LUMONYA and Pia EBERHARDT, "Despite controversy, the Energy Charter Treaty is silently being pushed into Africa", *EURACTIV Media Network*, 20 April 2020 (<https://www.euractiv.com/section/energy/opinion/despite-controversy-the-energy-charter-treaty-is-silently-being-pushed-into-africa/>).

upskill through joint representation with these international law firms as anecdotal reports suggest that in many instances, the role of the local counsel is often reduced to the “confirmation” to offshore international counsel that its proposed opinion on an aspect of domestic law is correct. This has caused some African governments to concentrate on building in-house capacity within their Ministries of Justice. In the case of *Beijing Everyway Traffic and Lighting Tech Co v Ghana*,⁸⁷ discussed above, Ghana used a government legal team to successfully defend the claim. In *WalAm Energy Inc. v Republic of Kenya*,⁸⁸ Kenya, using a team led by its Attorney General and an array of State Counsel, together with international and Kenyan law firms, successfully defended by a claim brought under the Canada-Kenya BIT.

Tanzania, which also seems to have resolved to use its Ministry of Justice to provide legal representation, has not however been so lucky as it was found liable for expropriation in a claim brought against it under the Sweden–Tanzania BIT by Swedish investors.⁸⁹

Perhaps a happy medium would be the requirement that States seeking to utilise the services of international counsel must not only appoint domestic co-counsel as part of its team, but that one or two State counsel from the State Ministry of Justice should “intern” with the appointed firm[s] for the period of the appointment, to ensure African States can gain requisite expertise in handling investor-State disputes over a period of time.

The use of competitive tendering procedures by African States seeking international counsel to represent them in investor-State disputes would also ensure that the costs of the “internship” as a part of the total fee proposal are both transparent and reasonable and the likelihood of inflated fee proposals will be reduced. A comparison of fee quotes can also assist States to determine whether a settlement of the dispute is a more viable option and would also ensure that States are able to match the level of legal representation required to the value of the dispute, judged on an unfavourable outcome basis.

In conclusion, African States must adopt a planned and consistently implemented approach to training both State counsel and external counsel in the intricacies of international investment law and arbitration. With the increase in investment disputes in Africa, States which are less conversant with the intricacies of the ISDS system can leverage on the legal skills available in other African countries that have attained a level of expertise through acting for respondents in investor-State disputes. This collaboration between the legal communities in different States is vital for African States wishing to increase their profile in the investment arbitration space on the African continent.

87. *Beijing Everyway Traffic & Lighting Tech. Co., Ltd v The Republic of Ghana* (I), PCA Case No. 2021-15, Final Award on Jurisdiction (Save as to Costs) – dated 30 January 2023 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw170999.pdf>). See also, Jack BALLANTYNE, “Ghana defeats Chinese company’s treaty claim”, *Global Arbitration Review*, 2 February 2023 (<https://globalarbitrationreview.com/article/ghana-defeats-chinese-companys-treaty-claim>).

88. *WalAm Energy Inc. v Republic of Kenya*, ICSID Case No. ARB/15/7, Award dated 10 July 2020 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw170004.pdf>).

89. See *EcoDevelopment in Europe AB and EcoEnergy Africa AB v United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/17/33, Award dated 13 April 2022 (annulment proceedings ongoing) (<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/846/agro-ecoenergy-and-others-v-tanzania>).

Perspectives de développement des MARD dans l'espace OHADA à l'aune de la ZLECAF

Réflexions

Me Marie-Andrée NGWE*

RÉSUMÉ

L'accord pour la création de la Zone de libre-échange continentale africaine (ZLECAF) est entré en vigueur le 30 mai 2019. Cet article étudie les mécanismes de règlement des différends mis en place par la ZLECAF qu'il s'agisse des mécanismes prévus par le Protocole sur les règles et procédures relatives au règlement des différends ou par le Protocole sur les investissements. Il s'interroge ensuite sur l'impact de la ZLECAF sur les activités des praticiens africains des MARD (modes alternatifs de règlement des différends) avec les nouvelles perspectives offertes par la ZLECAF mais aussi les changements et modifications nécessaires pour que les praticiens puissent en tirer parti.

ABSTRACT

The agreement for the creation of the African Continental Free Trade Area (AfCFTA) entered into force on 30 May 2019. This article studies the mechanisms of dispute resolution put in place by the AfCFTA either under the Protocol on rules and procedures on dispute resolution or under the Protocol on investments. It further wonders about the impact of the AfCFTA on the activities of African dispute resolution practitioners with regard to the opportunities offered and to the changes and modifications to be brought to the benefit of the practitioners.

L'idée de la création d'une Zone de libre-échange continentale africaine (ZLECAF) est ancienne. En effet, de l'Organisation de l'Unité Africaine (1963) à l'Union Africaine (2002), du Plan d'action de Lagos (1980) au Nouveau partenariat pour le développement économique (NEPAD) (2001), les États africains ont adhéré à différents projets d'intégration économique¹. La ZLECAF est cependant la forme

* Avocat au Barreau du Cameroun. Depuis 2015, Me Ngwe intervient exclusivement comme médiatrice et arbitre. Elle est Présidente du Comité Permanent du Centre de médiation et d'arbitrage du GICAM (CMAG), elle est médiatrice, arbitre référencée dans plusieurs centres d'arbitrage. L'auteure remercie le Dr. Céline Dimouamoua pour sa contribution.

1. La zone de libre-échange continentale africaine (ZLECAF) et la dynamique de l'intégration régionale en Afrique, annonce du colloque du 8 juin 2021, <https://calenda.org/883333> (consulté le 10 mars 2023).

la plus aboutie des diverses tentatives d'intégration à l'échelle continentale. Il s'agit d'une initiative historique visant à accroître le commerce intra-africain, notamment par la suppression progressive des droits de douane. L'Accord instituant la ZLECAF a été signé le 21 mars 2018 par 44 États membres de l'Union Africaine, lors d'un Sommet extraordinaire des Chefs d'État et de gouvernement. Depuis le 1^{er} janvier 2021, la ZLECAF est opérationnelle ; 54 États sont signataires de l'Accord et 44 l'ont ratifié. En tout, sept Protocoles sont prévus. Trois d'entre eux ont directement été signés par les États à la suite de l'Accord ZLECAF à savoir le Protocole sur le commerce des marchandises, le Protocole sur le commerce de services, le Protocole sur les règles et procédures de règlement des différends. Ces Protocoles font partie intégrante de l'Accord.

L'accord ZLECAF est entré en vigueur le 30 mai 2019. Ses principaux objectifs exposés en son article 3 sont : « (...) b) créer un marché libéralisé pour les marchandises et services à travers les cycles successifs de négociations ; c) contribuer à la circulation des capitaux et des personnes physiques et faciliter les investissements en s'appuyant sur les initiatives et sur les développements dans les États parties et les CER² ; d) poser des bases pour la création d'une union douanière continentale à un stade ultérieur, (...) ». Cet Accord couvre à la fois le commerce des marchandises, le commerce des services, les investissements, les droits de propriété intellectuelle et la politique de la concurrence³. Il est destiné à continuer les efforts entrepris depuis de longues années par les communautés économiques régionales telles que la Communauté Économique et Monétaire de l'Afrique Centrale (CEMAC), la Communauté d'Afrique de l'Est (CAE), la Communauté des États d'Afrique de l'Ouest (CEDEAO), la Communauté de Développement de l'Afrique Australe (SADC). Ce « nouveau marché » créé dans le cadre de la ZLECAF rassemble environ 1,3 milliard de consommateurs en Afrique⁴.

Selon des experts, la mise en œuvre de la ZLECAF devrait permettre : d'augmenter le revenu de l'Afrique de 450 milliards d'ici 2035, d'accroître de 560 milliards de dollars les exportations africaines, de diminuer le taux de pauvreté sur l'ensemble du continent. Si des mesures facilitant les échanges sont prises par les États, notamment pour réduire les procédures douanières, les gains de revenus atteindraient 292 milliards de dollars⁵. Les économies africaines devraient donc connaître d'importants changements, voire de grands bouleversements dans les prochaines années. L'Union Africaine espère que la mise en place de la ZLECAF permettra de concrétiser sa vision pour 2063 à savoir « une Afrique intégrée, prospère et pacifique, dirigée par ses concitoyens et représentant une force dynamique sur la scène internationale »⁶.

La mise en place d'un mécanisme pratique de règlement des différends était essentielle pour renforcer la confiance mutuelle et l'état de droit dans l'application de

2. CER : Communautés économiques régionales.

3. Article 6 de l'Accord portant création de la ZLECAF.

4. F. Kuwonu, *ZLECAF : les affaires commencent*, Magazine Afrique Renouveau, <https://www.un.org/africarenewal/fr/magazine/janvier-2021/zlecaf-les-affaires-commencent> (consulté le 10 mars 2023).

5. Banque Mondiale, *Zone de libre-échange continentale africaine : effets économiques et redistributifs*, <https://www.banquemondiale.org/fr/topic/trade/publication/the-african-continental-free-trade-area> (consulté le 10 mars 2023).

6. Union Africaine, *Objectifs et domaines prioritaires de l'Agenda 2063*, <https://au.int/fr/agenda2063/objectifs>

l'Accord ZLECAF et dans le règlement de tout différend qui pourrait survenir⁷. Aussi, l'Accord a-t-il institué, en son article 20, un mécanisme de règlement des différends entre États organisé par le Protocole sur les règles et procédures de règlement des différends. Ledit Protocole est lui-même constitué de 3 annexes à savoir l'annexe 1 sur les procédures de travail du Groupe spécial, l'annexe 2 sur l'examen par des experts, l'annexe 3 sur le code de conduite des arbitres et des membres du Groupe spécial⁸.

Ce Protocole est fortement inspiré du Mémoire d'accord sur les règles et procédures relatives au règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC)⁹. En effet, le modèle de règlement des litiges prévu dans le cadre de la ZLECAF est similaire, par son organisation et son fonctionnement, à celui de l'OMC. Un Organe de règlement des différends (ORD) chargé de la mise en œuvre des dispositions du Protocole a aussi été institué. Les États peuvent soit choisir de recourir à la médiation, à la conciliation ou aux bons offices pour résoudre leurs différends, soit recourir à la procédure mise en œuvre par l'Organe de règlement des différends, soit enfin choisir l'arbitrage. Le Protocole sur les règles et procédures de règlement des différends se caractérise donc par une diversité et une flexibilité des modes de règlement des différends prévus.

Le règlement des différends entre investisseurs et États est pour sa part, organisé par le Protocole sur les investissements, adopté en février 2023 lors de la 42^e session de l'Union Africaine. Le temps mis et les longues négociations pour finaliser ledit Protocole reflètent sans doute le caractère sensible du sujet pour les États. Malheureusement, nous n'avons pas pu avoir accès à ce Protocole. Il semblerait qu'il ne soit pas encore disponible car des dispositions doivent être modifiées. Nous l'évoquerons tout de même pour mettre en exergue la singularité du règlement des différends impliquant des investisseurs.

Au regard des différents mécanismes de règlement des différends prévus par la ZLECAF et du choix assumé pour les modes alternatifs de règlement des différends, on est en droit de se demander si l'entrée en vigueur de la ZLECAF présage ou non d'un développement des activités des praticiens africains. Autrement dit, quel sera l'impact la ZLECAF sur les activités des praticiens africains des MARD (modes alternatifs de règlement des différends) ?

Ce sujet est important car la création d'un marché unique pour les biens et les services, à l'échelle du continent, restructurera les économies africaines. La multiplication des échanges économiques entraînera *ipso facto* une multiplication des litiges entre États. Élément essentiel pour assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial régional, le mécanisme de règlement des différends institué par la ZLECAF sera aussi efficace (et aussi attractif) que le seront ceux qui sont en charge

7. Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, *La contribution potentielle de la zone de libre-échange continentale africaine à une croissance inclusive*, Rapport 2021, p. 175, https://unctad.org/system/files/official-document/aldcafrica2021_intro_fr.pdf (consulté le 10 mars 2023).

8. Annexes adoptées lors du 31^e Sommet ordinaire de l'Union Africaine tenu à Nouakchott en juillet 2018.

9. « *The recently Agreement for the Establishment of the African continental free trade agreement, (AFCFTA) is almost a carbon copy of the dispute settlement understanding of the World Trade Organization. (...)* », J. Thuo Gathii, *Evaluating the Dispute Settlement Mechanism of the African Continental Free Trade Agreement*, p. 1, <https://www.afronomiclaw.org/2019/04/10/evaluating-the-dispute-settlement-mechanism-of-the-african-continental-free-trade-agreement> (consulté le 17 janvier 2023).

de le mettre en œuvre. Dans un environnement où les praticiens africains sont encore peu sollicités dans le règlement des différends impliquant des États africains, où les villes africaines ne sont pas souvent choisies comme siège des arbitrages internationaux, où les centres d'arbitrage essaient de faire connaître leur travail¹⁰, la ZLECAF pourrait offrir aux praticiens de nouvelles opportunités et une nouvelle dynamique de travail. Notre réflexion concernera essentiellement la zone OHADA, même si certains développements peuvent s'appliquer à l'ensemble du continent.

Il existe déjà de nombreux écrits sur le mécanisme de règlement des différends de la ZLECAF, ses points forts, ses points faibles, etc. Il sera surtout question pour nous d'attirer l'attention et de susciter l'intérêt des praticiens sur les perspectives de développement de leurs activités, à l'aune de la ZLECAF. En mettant en lumière les opportunités offertes dans le cadre de la ZLECAF, nous espérons pouvoir faire naître chez les praticiens un certain engouement, des prises d'initiatives, en vue de faire connaître leurs compétences, et donc d'intervenir dans les procédures de règlement des différends. Leur implication ne se fera pas sans un certain nombre d'actions de leur part, et de la part des gouvernements. Nous analyserons succinctement le système de règlement des différends de la ZLECAF (I), avant de parler de manière pratique, des opportunités susceptibles de voir le jour pour les praticiens africains des MARD (II).

I. Le mécanisme de règlement des différends mis en place par la ZLECAF

« Sans un moyen de régler des différends, le système fondé sur les règles ne serait d'aucune utilité car les règles ne pourraient pas être appliquées »¹¹. Le règlement des différends entre États est organisé par le Protocole sur les règles et procédures relatives au règlement des différends (A). Il combine des procédures « diplomatiques » ou amiables, et des procédures contentieuses qualifiées aussi d'« accusatoires »¹². En cas de différend entre États et investisseurs, le Protocole sur les investissements s'appliquera (B)¹³.

A. Les mécanismes de règlement des différends prévus par le Protocole sur les règles et procédures relatives au règlement des différends.

Le Protocole sur les règles et procédures relatives au règlement des différends vise à s'assurer que le règlement des différends nés à l'occasion de la mise en œuvre des textes de la ZLECAF, est « transparent, juste, équitable prévisible et

10. M.-A. Ngwe, *État des lieux de l'arbitrage en Afrique*, Conférence de l'Association française d'Arbitrage, septembre 2018.

11. https://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/utw_chap3_f.pdf

12. Terme emprunté au rapport 2021 de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement intitulé « La contribution potentielle de la Zone de libre-échange continentale africaine à une croissance inclusive », *op. cit.*, p. 177.

13. Sur le sujet, lire E. Koua, *Le règlement des différends de la Zone de Libres-Échanges Continentale Africaine* (ZLECAF), *Juridis*, n° 131, Juillet-Aout-Septembre 2022, p. 143 et s.

conforme aux dispositions de l'Accord »¹⁴. En effet, régler les différends de manière structurée permettrait de prévenir les effets préjudiciables des conflits commerciaux internationaux non résolus et d'atténuer les déséquilibres entre les acteurs économiques, puisque leurs différends seraient réglés sur la base de règles prédéfinies, et non selon « la loi du plus fort »¹⁵.

Le Protocole encourage les États, en cas de survenance d'un litige, à trouver des solutions mutuellement convenues en recourant à la conciliation, aux bons offices et à la médiation (1)¹⁶. Le recours à ces procédures de règlement des différends ne doit être ni conçu, ni considéré, comme un acte contentieux¹⁷. Les États pourront aussi entamer des consultations (2), et en cas d'échec de celles-ci, demander l'ouverture de la procédure de règlement des différends devant l'ORD (3). En outre, ils pourront opter pour l'arbitrage (4).

1. Bons offices, conciliation et médiation

Aux termes de l'article 8 du Protocole, tout État partie à un différend peut à tout moment entreprendre volontairement des procédures de bons offices, de conciliation ou de médiation¹⁸. Les États parties peuvent aussi suspendre ou mettre fin à l'une ou l'autre de ces procédures, s'ils estiment qu'elles n'aboutiront pas au règlement du différend. Mais s'ils le souhaitent, les bons offices, la conciliation ou la médiation peuvent également continuer pendant les travaux du Groupe spécial¹⁹. Ces modes de règlement des différends protègent la souveraineté des États et sont fondés sur une compréhension mutuelle des parties au litige. Des auteurs estiment qu'au regard de la propension des États africains à résoudre leurs différends à l'amiable, ces derniers recourront facilement aux procédés non juridictionnels prévus par la ZLECAF²⁰.

L'article 8.6 du Protocole dispose que tout État partie à un différend peut demander au chef du Secrétariat de faciliter les bons offices, la conciliation ou la médiation, ou d'offrir de tels services. Le texte ne précise pas ce qu'il faut

14. Article 2.

15. Organisation mondiale du Commerce, « Introduction au système de règlement des différends de l'OMC », https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/disp_settlement_cbt_f/c1s1p1_f.htm (consulté le 13 mars 2023).

16. « Les bons offices consistent d'ordinaire avant tout à fournir un soutien logistique permettant aux parties de négocier de manière productive. La conciliation implique en outre, la participation directe d'une personne extérieure aux discussions et aux négociations entre les parties. Dans une procédure de médiation, le médiateur ne se contente pas de participer et de contribuer aux discussions et aux négociations, mais peut également proposer une solution aux parties ». OMC, « Le règlement des différends sans le recours aux groupes spéciaux et à l'Organe d'appel », https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/disp_settlement_cbt_f/c8s1p2_f.htm (consulté le 23 janvier 2023).

17. Article 4.5.

18. « Such processes align well with traditional dispute resolution processes of various pre-colonial African communities » O. D. Akinkugbe, « Dispute Settlement under the African Continental Free Trade Area Agreement: A Preliminary Assessment », 28 Supp Afr J Intl Comp L 138, p. 9.

19. Article 8.4 et 8.5 [voir les développements subséquents sur les missions du Groupe spécial]

20. R. Simo, « Chronique d'une mort annoncée ? À propos du mécanisme de règlement des différends commerciaux de la Zone de libre-échange continentale africaine (ZLECAF) », <https://www.afronomicslaw.org/2019/08/19/chronique-dune-mort-annoncee-a-propos-du-mecanisme-de-reglement-des-differends-commerciaux-de-la-zone-de-libre-echange-continentale-africaine-zlecaf/> / J. Masuku, *Le mécanisme de règlement des différends de la ZLECAF*, p. 543, www.ohada.com (consulté le 13 octobre 2023).

entendre par « *faciliter le processus* », mais on suppose qu'il s'agit entre autres de proposer des noms de médiateurs, de conciliateurs et au besoin d'interprètes, de mettre à disposition des locaux en vue des réunions de médiation, de proposer un « *process* » aux parties. Le Secrétaire peut lui-même jouer le rôle de facilitateur dans le règlement du litige.

Ces procédés se démarquent des procédures accusatoires en ce que les frais occasionnés sont moins coûteux, leur durée est généralement brève, et leurs incidences politiques sont moins importantes²¹. En effet, pour un auteur, en permettant aux États de recourir aux modes « *diplomatiques* » indépendamment des mécanismes contentieux, les « *coûts politiques* » du règlement des différends peuvent être évités. « *Contrairement au processus de consultations, les approches diplomatiques (...) permettent aux parties d'accepter ou de rejeter les propositions faites, préservant ainsi leur pouvoir de décision. Un processus de règlement des différends qui protège la souveraineté et qui est fondé sur une compréhension mutuelle incite les États à trouver une solution (...)* »²². La résolution « *diplomatique* » d'un différend sera notifiée au Secrétariat.

2. Les consultations

Lorsqu'un différend survient entre États, ceux-ci doivent en premier lieu avoir recours à la procédure de consultations, avant d'initier toute procédure devant l'ORD²³. En effet, dans l'esprit de l'Union Africaine, il s'agit moins de « *rendre un jugement* », que de régler des différends. Les consultations offrent la possibilité aux États de négocier et de trouver une solution concertée²⁴. Elles permettent aux parties de s'échanger des renseignements, de circonscrire la portée du différend, d'évaluer leurs thèses respectives et de réduire la portée des divergences²⁵. Chaque État partie s'engage à examiner toutes présentations que pourra lui adresser un autre État, au sujet de mesures affectant le fonctionnement de l'Accord²⁶.

Les demandes de consultations sont notifiées à l'ORD. L'État partie auquel la demande est adressée doit engager des consultations en vue d'arriver à une solution mutuelle satisfaisante. Si un État ne répond pas dans les délais prévus dans le Protocole, ou si une solution amiable n'est pas trouvée dans les délais requis, celui qui a demandé l'ouverture des consultations peut saisir l'ORD et demander l'établissement d'un Groupe spécial²⁷. Il peut également recourir à l'arbitrage. Les consultations sont confidentielles et sont sans préjudice des droits que tout État partie pourrait exercer dans une suite éventuelle de la procédure²⁸.

21. Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, « *La contribution potentielle de la Zone de libre-échange continentale africaine à une croissance inclusive* », *op. cit.*, p. 182.

22. *Ibid.*

23. Article 7.

24. Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, « *La contribution potentielle de la Zone de libre-échange continentale africaine à une croissance inclusive* », *op. cit.*

25. J. Burda, « *L'efficacité du mécanisme de règlement des différends de l'OMC : vers une meilleure prévisibilité du système commercial multilatéral* », *Revue québécoise de droit international*, vol. 18, n° 2, p. 15, <https://www.erudit.org/fr/revues/rqdi/2005-v18-n2-rqdi05272/1069172ar.pdf> (consulté le 13 mars 2023).

26. Article 7.

27. Article 7.5.

28. Article 7.7.

3. La procédure de règlement des différends devant l'Organe de Règlement des Différends

L'Union Africaine a prévu une voie « *juridicisée* » de règlement des différends en deux étapes : un Groupe spécial est mis sur pied par l'ORD en vue de régler le litige (a), l'Organe d'appel connaît en appel des décisions du Groupe spécial (b).

a) L'établissement d'un Groupe spécial

Lorsqu'une solution amiable n'est pas trouvée, une partie au différend, après l'avoir notifiée à l'autre partie, saisit l'ORD de l'affaire, et demande la mise en place d'un Groupe spécial aux fins de résolution du différend. L'ORD est composé de représentants des États parties²⁹. Il a notamment pour missions :

- de créer les Groupes spéciaux de règlement des différends et un Organe d'appel ;
- d'adopter les rapports des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel ;
- de surveiller la mise en œuvre des décisions et recommandations des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel, ainsi que des sentences arbitrales lorsque les États ont choisi l'arbitrage ;
- d'autoriser la suspension des concessions et autres obligations qui résultent de l'Accord.

« L'ORD adopte le Règlement de procédure pour la sélection des membres du Groupe spécial et règle les questions de conduite en vue d'assurer leur impartialité »³⁰. Les « questions de conduite » peuvent être entendues comme des règles mises en place par l'ORD en vue d'assurer un comportement impartial des membres du Groupe spécial. Afin d'assurer l'indépendance et l'intégrité des Groupes spéciaux, les ressortissants des États parties à un différend ne peuvent faire partie du Groupe spécial chargé du règlement de leur différend, à moins que les parties n'en disposent autrement³¹. Le Secrétariat doit établir une liste indicative comportant les noms des personnes pouvant être membres des Groupes spéciaux³².

À moins que les parties n'en disposent autrement, le Groupe spécial a pour mandat d'examiner l'affaire dont l'ORD est saisi par la partie plaignante, et de faire des constatations propres à l'aider à formuler des recommandations ou à statuer sur la question³³. Il met en marche le processus de résolution formelle du différend conformément au Protocole, et les parties s'engagent à observer ses orientations, ses décisions et ses prescriptions en ce qui concerne les questions de procédure. Elles présentent leurs conclusions, arguments et objections dans les formes fixées par ledit Groupe. De manière pratique, le Groupe spécial consulte les parties et leur donne des possibilités d'élaborer une solution mutuelle satisfaisante³⁴.

29. Article 5.

30. Article 9.1 ; article 10 (9) « Lorsque deux (2) États sont parties à un différend, le Groupe spécial est composé de trois (3) membres. Lorsqu'il y a plus de deux (2) États parties à un différend, le Groupe spécial est composé de cinq (5) membres ».

31. Article 10.5.

32. Article 10.1.

33. Article 11.

34. Article 12.3.

Sa mission ne doit pas excéder 5 mois (entre la date de son établissement et la date à laquelle le rapport final est transmis aux parties), ou 45 jours en cas d'urgence³⁵. Après la transmission du rapport aux États, celui-ci est examiné, adopté et signé au cours d'une réunion de l'ORD convenue à cet effet, à moins qu'une partie au différend ne lui notifie formellement sa décision de faire appel, ou que l'Organe de règlement ne décide, par consensus, de ne pas adopter le rapport³⁶. Ce mécanisme permet d'éviter la paralysie du processus décisionnel, l'adoption des rapports sera quasi automatique compte tenu de la nécessité d'un consensus pour les bloquer³⁷. Les décisions sont donc prises en dernier ressort par l'ORD et non par le Groupe spécial. Celles-ci sont définitives et contraignantes pour les parties au différend³⁸, ce qui leur assure une validité factuelle³⁹.

b) Examen de l'affaire par l'Organe d'appel

L'Organe d'appel institué par l'ORD réexamine les affaires soumises aux Groupes spéciaux et prend une décision finale⁴⁰; c'est un organe permanent. L'ORD désigne les membres de l'Organe d'appel (7 membres dont 3 siègent dans une affaire donnée); leur mandat est de 4 ans renouvelable une fois⁴¹. Aux termes de l'article 21.3 du Protocole, l'appel doit porter sur la question de droit exposée dans le rapport du Groupe spécial et sur les interprétations juridiques qu'il a développées⁴². L'Organe d'appel peut retenir, modifier ou infirmer les constatations et conclusions du Groupe spécial⁴³.

À la fin de la procédure, dans le cas où un Groupe spécial ou l'Organe d'appel conclut qu'une mesure est incompatible avec l'Accord, il recommande

35. Article 15.4.

36. La technique de décision est celle du « *consensus négatif* » ou « *consensus inversé* » selon laquelle une décision est réputée adoptée sauf si se manifeste un consensus pour la rejeter. Dans les faits, on peut parler d'un mécanisme d'adoption automatique. H. Ruiz Fabri, *Le règlement des différends de l'OMC : une forme d'arbitrage*, Arch. phil. droit 52 (2009), p. 161. Lire l'article 19 (4) du Protocole.

37. J. Abdessalam, *La Zone de libre-échange continentale africaine (ZLECAF) : regard juridique*, février 2021, www.policycenter.ma (consulté le 20 mars 2023).

38. "If the AFCFTA brings about change in the State Parties' attitude towards the settlement of international trade disputes, it will make a real contribution to better trade governance in Africa. Multilateral trade governance will also benefit. If this does not happen, the Governments of the State Parties will continue to find "political" solutions (...) Certainty, consistency, transparency and good governance benefits will remain absent. (...)", G. Erasmus, *Will disputes under the AFCFTA Agreement be less "political" ?*, p. 4, disponible sur <https://www.tralac.org/blog/article/14455-will-disputes-under-the-afcta-agreement-be-less-political.html> (consulté le 20 mars 2023).

39. « Une res judicata qui sera certainement observée lors des futures décisions rendues par l'Organe d'appel à condition que celui-ci ne subisse pas de revers de la part de certaines puissances économiques africaines ». A. Kairouani, « Les procédures de règlement des différends dans la zone de libre-échange continentale africaine : enjeux et perspectives », RDAI/IBLJ, n° 3-4, 2022, p. 379.

40. Article 20.

41. Le Secrétariat et le Président de l'Organe d'appel peuvent pourvoir aux postes vacants si les États n'arrivent pas à un consensus sur les nominations (article 20.6).

42. « Dans le cadre de l'OMC, l'Organe d'appel a été abondamment saisi, il a pu développer un pouvoir d'unification du droit ». H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends de l'OMC : une forme d'arbitrage », *op. cit.*, p. 176.

43. M. Gauquelin, « Les limites du système de règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce », 2016, p. 20, https://irc.quebec/ressources/repertoire/memoires-theses/Mathilde_Gauquelin.pdf (consulté le 24 janvier 2023).

que l'État la rende conforme audit Accord. Le Groupe spécial ou l'Organe d'appel peut également suggérer à l'État concerné des méthodes de mise en œuvre de ses recommandations⁴⁴. Il rédige un rapport afin de le présenter à l'ORD qui l'adopte, à moins qu'il ne décide par consensus de ne pas l'adopter⁴⁵. Le rôle de l'Organe d'appel est la recherche d'une solution acceptable pour les États en tranchant sur les questions de droit qui sont à la base du désaccord. L'intérêt de cette procédure est qu'elle conduira soit au retrait d'une mesure nationale entravant les activités commerciales des opérateurs économiques d'un autre État, soit à l'adoption de contre-mesures si l'ORD l'autorise⁴⁶. En effet, l'article 24 du Protocole dispose que les États parties mettent en œuvre « *dans les moindres délais* », les recommandations et décisions de l'ORD.

Des auteurs doutent que les États recourent fréquemment à l'ORD⁴⁷. Très peu d'États africains ont déjà fait usage du mécanisme de règlement des différends de l'OMC, dont l'ORD est la copie⁴⁸. Seuls l'Afrique du Sud, le Maroc, l'Égypte et la Tunisie, auraient été impliqués en tant que parties, dans les différends portés devant l'OMC depuis sa création⁴⁹. Cette réticence s'expliquerait par les coûts, un manque de confiance à l'égard des institutions de l'OMC, le recours généralisé aux accords commerciaux préférentiels qui dérogent aux principes de l'OMC, les doutes sur la qualité des décisions de l'ORD et ses capacités à contraindre les États.⁵⁰ Cette situation s'explique aussi par le fait que les États africains sont historiquement prédisposés à recourir aux solutions politiques⁵¹ ; même les acteurs commerciaux optent de plus en plus pour les procédures non contentieuses de règlement des différends⁵². D'ailleurs, la réticence des États africains à recourir aux institutions pour le règlement des différends se manifeste par leur retrait croissant de l'arbitrage investisseur-État⁵³.

44. Article 23. La compensation et la suspension des concessions et autres obligations sont des mesures temporaires auxquelles il peut être recouru dans le cas où les recommandations et décisions ne sont pas mises en œuvre dans un délai raisonnable (art. 25).

45. Article 5.3 (b). Lire G. Erasmus, "Will disputes under the AFCFTA Agreement be less 'political'?", *op. cit.*, p. 3.

46. A. Kairouani, « Les procédures de règlement des différends dans la zone de libre-échange continentale africaine : enjeux et perspectives », *op. cit.*, p. 379.

47. "Of the 164 members of the WTO, no fewer than 43 are African States. In addition, nine African States enjoy observer status", O. D. Akinkugbe, *Dispute Settlement under the African Continental Free Trade Area Agreement: A Preliminary Assessment*, *op. cit.*, p. 2.

48. "Majority of African countries are members of the WTO except Sudan, Ethiopian and Algeria", A. Nanjira, "Current jurisdiction between the World Trade Organization and the AFCFTA Dispute Settlement Systems", <https://www.afronomicslaw.org/2019/10/16/concurrent-jurisdiction-between-the-world-trade-organization-and-the-afcfta-dispute-settlement-systems> (consulté le 20 mars 2023).

49. « Entre 1995 et la fin de 2021, plus de 479 rapports de groupes spéciaux, rapports de l'Organe d'appel et sentences ou décisions arbitrales ont été distribués pour faire progresser le règlement des 607 différends soumis à l'ORD par les Membres de l'OMC ». https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/dispustats_f.htm (consulté le 24 mars 2023).

50. H. Ruiz Fabri, *Le règlement des différends de l'OMC : une forme d'arbitrage*, *op. cit.*, p. 157-179.

51. O. D. Akinkugbe, "Dispute Settlement under the African Continental Free Trade Area Agreement: A Preliminary Assessment", *op. cit.*, p. 5.

52. J. Thuo Gathii, "Evaluating the Dispute Settlement Mechanism of the African Continental Free Trade Agreement", p. 2, <https://www.afronomicslaw.org/2019/04/10/evaluating-the-dispute-settlement-mechanism-of-the-african-continental-free-trade-agreement> (consulté le 17 janvier 2023).

53. O. D. Akinkugbe, "Dispute Settlement under the African Continental Free Trade Area Agreement: A Preliminary Assessment", *op. cit.*, p. 6.

L'exclusion des personnes privées parmi les bénéficiaires du Protocole devrait également réduire sa portée ; des auteurs estiment que l'inclusion des entreprises privées reste un véritable enjeu d'efficacité pour la ZLECAF⁵⁴. Ils proposent aux États d'instituer des procédures nationales qui permettraient au secteur privé de demander aux gouvernements d'introduire une requête conformément au Protocole sur les règles et procédures de règlement des différends⁵⁵. De telles mesures seraient particulièrement innovantes, utiles et efficaces. Les entreprises, associations ou ONG pourront aussi faire pression sur les gouvernements, afin qu'ils engagent une procédure ou défendent une mesure contestée. Enfin, quelques auteurs doutent de l'entrée en service rapide de l'ORD au regard des ressources financières importantes à mobiliser (mise à disposition de locaux, rémunération du personnel, etc.)⁵⁶. Autant de raisons qui devraient inciter les États à choisir l'arbitrage dont la mise en œuvre paraît plus simple.

4. L'arbitrage

Les parties à un différend peuvent recourir à l'arbitrage comme premier mécanisme de règlement des différends⁵⁷. Le Protocole dit peu de choses sur la procédure d'arbitrage en elle-même ; ce qui peut se comprendre au regard des principes qui gouvernent ce mode de règlement des différends. Il conditionne sans surprise le recours à l'arbitrage au consentement des parties⁵⁸, et précise qu'elles ne peuvent concomitamment soumettre leur différend à l'arbitrage et à la procédure devant l'ORD. Cela évite les procédures parallèles qui pourraient entraver l'efficacité du mécanisme de règlement des différends de la ZLECAF. La convention d'arbitrage doit cependant être notifiée à l'ORD⁵⁹.

L'article 27.6 du Protocole dispose que lorsqu'une partie refuse de coopérer dans le règlement du litige par arbitrage, l'autre partie renvoie l'affaire à l'ORD pour statuer⁶⁰. Cette disposition fait référence au refus de coopérer lors de la procédure d'arbitrage, et non au refus d'exécuter la sentence arbitrale dont traite une autre disposition. Un auteur estime cependant qu'elle est vague car elle ne dit pas si l'ORD examinera la plainte pour non-coopération en arbitrage et contraindra l'État à l'arbitrage, ou si l'ORD constituera un Groupe spécial⁶¹. Il ne pourra pas être fait appel des décisions arbitrales⁶². L'article 27.5 du Protocole précise que les parties à l'arbitrage se soumettent à la sentence arbitrale qui doit être notifiée à l'ORD en vue de son exécution. Ce dernier a en effet le pouvoir de faire exécuter les sentences

54. A. Kairouani, *Les procédures de règlement des différends dans la zone de libre-échange continentale africaine : enjeux et perspectives*, op. cit., p. 379.

55. United Nations conference on Trade and Development, "African Continental Free Trade Area : Design of dispute settlement mechanism should reflect preferences and realities of all its member States", https://unctad.org/system/files/official-document/presspb2022d13_en.pdf

56. Articles 21.4 et 21.5.

57. Article 6.

58. Article 27.1.

59. Article 27.3.

60. Article 27 (6).

61. O. D. Akinkugbe, "Dispute Settlement under the African Continental Free Trade Area Agreement: A Preliminary Assessment", op. cit., p. 10.

62. Article 27.5.

rendues « sous l'égide de la ZLECAF »⁶³. La sentence arbitrale s'appliquera de la même manière que la décision d'un Groupe spécial ou de l'Organe d'appel⁶⁴. Ceci devrait inciter les États à recourir à l'arbitrage en assurant une certaine efficacité aux procédures. « Toutes les résolutions⁶⁵ apportées aux différends formellement soulevés conformément aux dispositions de l'Accord et notamment les sentences arbitrales, devront être compatibles avec ledit Accord »⁶⁶. Il s'agit là d'une spécificité des sentences arbitrales rendues dans le cadre de la ZLECAF.

Chacune des options proposées par le Protocole peut être déclenchée de manière unilatérale ou bilatérale. Le mécanisme de règlement des différends devant l'ORD se caractérise par deux phases : l'une qui est dédiée au jugement au fond du litige et qui débouche sur une décision obligatoire, et l'autre qui consiste à surveiller l'exécution des décisions de la phase initiale⁶⁷. Certains auteurs regrettent que le Protocole n'ait pas proposé aux États de confier le règlement de leurs différends à certains centres d'arbitrage/médiation qu'il aurait listé⁶⁸. En tout état de cause, l'insertion par la ZLECAF de l'arbitrage comme mode de règlement des différends devrait significativement accroître l'activité arbitrale sur le continent. Tout système juridique étant tributaire de son utilisation par ses acteurs, les praticiens de l'arbitrage devront davantage travailler à faire connaître ce mode de règlement des différends⁶⁹.

Outre le commerce intra-africain, l'investissement intra-africain est en voie d'être organisé par l'Union Africaine. Le défi de l'instauration d'un mécanisme de règlement des différends en matière d'investissement n'est cependant pas complètement réglé.

B. Les mécanismes de règlement des différends du Protocole sur les investissements

Le Protocole sur les investissements a été annoncé pour être adopté par les États membres lors du 36^e sommet de l'Union Africaine⁷⁰. Il est un élément central

63. Articles 24 et 25 du Protocole.

64. Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, *La contribution potentielle de la Zone de libre-échange continentale africaine à une croissance inclusive*, op. cit.

65. Le terme « résolutions » peut être entendu comme les solutions aux différends.

66. Article 4.4.

67. H. Ruiz Fabri, *Le règlement des différends de l'OMC : une forme d'arbitrage*, op. cit., p. 160.

68. K. Muiga, "Investment-Related Dispute Settlement under the African Continental Free Trade Agreement: Promises and Challenges", p. 11, <http://kmco.co.ke/wp-content/uploads/2020/06/Investment-Related-Dispute-Settlement-under-the-African-Continental-Free-Trade-Agreement-Promises-and-Challenges-Kariuki-Muigua-June-2020.pdf> (consulté le 20 mars 2023).

69. J. Thuo Gathii, "Evaluating the dispute settlement mechanism of the African Free trade Agreement", op. cit., p. 2.

70. « En décembre 2021, les négociateurs africains ont entamé un processus d'une année visant à élaborer le texte du protocole sur l'investissement, aboutissant à une version finale qui définit la protection, la promotion et la facilitation des investissements intra-africains. Les négociations de la phase I sur le commerce des marchandises et des services sont terminées, tandis que la phase II, qui comprend le protocole sur l'investissement, le protocole sur la propriété intellectuelle et le protocole sur la concurrence, est en bonne voie. Une autre phase III portera sur les négociations d'un protocole sur le commerce électronique. Le projet de protocole sur l'investissement de l'Accord portant création de la zone de libre-échange continentale africaine (ZLECAf) a été conclu en

de la ZLECAF dans son objectif d'encourager les investissements inter-africains⁷¹. La mise en place d'un mécanisme de règlement des différends par le Protocole sur les investissements était souhaitable pour au moins trois raisons :

- (i) le besoin de prévisibilité du mode de règlement des litiges ;
- (ii) la préférence des pays africains pour les modes alternatifs de règlement des différends ;
- (iii) L'insuffisance du cadre législatif de plusieurs États membres en matière de modes alternatifs de règlement des différends d'investissement⁷².

Les discussions relatives aux modes de résolution des différends d'investissement intra-africains montrent la recherche d'un équilibre entre la nécessité d'encourager les investissements intra-africains et de garantir aux investisseurs des voies de recours crédibles d'une part, et le désir de soutenir les États dans leurs politiques d'investissement d'autre part⁷³. Ce type d'accord est inédit en Afrique, bien que l'arbitrage d'investissement y soit relativement bien ancré. En effet, près d'un tiers des 158 États ayant ratifié la Convention CIRDI est en Afrique⁷⁴, plus de la moitié des États africains ont ratifié la Convention de New York de 1958, les États africains ont signé des centaines de traités bilatéraux d'investissement (TBI) prévoyant des MARD. Selon la United Nations Conference on Trade and Development, plus de 800 TBI comprendraient une partie africaine dont 171 TBI intra-africains. En outre au cours des dix dernières années, 52 TBI auraient été conclus par au moins une partie africaine⁷⁵. Plusieurs États africains recourent aux MARD pour faire valoir leurs droits⁷⁶. Les investissements inter-africains sont toutefois pour le moment relativement faibles.

Le Protocole sur les investissements serait inspiré du Code panafricain des investissements de 2016 qui concilie le droit des investissements étrangers, le développement durable et la responsabilité sociale des entreprises. Plusieurs projets ont été nécessaires, avant l'adoption du Protocole final qui devrait comprendre une annexe organisant le règlement des différends entre investisseurs et États. Il semble en effet, au regard du temps mis pour finaliser le Protocole sur les investissements,

octobre 2022 et adopté au niveau ministériel par le Conseil des ministres de la ZLECAF. Le texte sera maintenant soumis à l'Assemblée des chefs d'État pour examen et adoption lors de sa prochaine session ordinaire prévue en février 2023. Il s'agit d'un moment décisif pour le continent, puisque le protocole reflète et indique une position africaine commune sur divers domaines clés liés à la gouvernance des investissements ». International Institute for sustainable Development, Investment Treaty News, <https://www.iisd.org/itn/fr/2022/12/26/afcfita-protocol-on-investment-was-concluded/> (consulté le 20 mars 2023).

71. T. Kendra, « Collaboration ZLEC-OHADA : une potentielle solution à la résolution des différends relatifs aux investissements panafricains ? », Revue Lamy Droit des affaires, n° 160, juin 2020, p. 46.

72. U. Ofodile, "The African Continental Free Trade Area and Investor-State Arbitration: What can investors expect and why?", 25th September 2019, <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/09/25/the-african-continental-free-trade-area-and-investor-state-arbitration-what-can-investors-expect-and-why/> (consulté le 20 mars 2023).

73. T. Kendra, « Collaboration ZLEC-OHADA : une potentielle solution à la résolution des différends relatifs aux investissements panafricains ? », Revue Lamy Droit des affaires, n° 160, juin 2020, p. 46.

74. *Ibid.*

75. *Ibid.* Lire aussi T. Naud, B. Sanderson and M. Desplats, *Investment Arbitration in Africa*, Law Business Research 2021, p. 22 et s.

76. U. Ewelukwa, *The African Continental Free Trade Area and Investor-State arbitration: what can investors expect and why?*, <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/09/25/the-african-continental-free-trade-area-and-investor-state-arbitration-what-can-investors-expect-and-why/> (consulté le 20 mars 2023).

et de l'historique de son adoption, que la question du règlement des différends entre investisseurs et États soit particulièrement sensible pour les États africains.

Dans ce Protocole sur les investissements, les États ont privilégié les modes amiables de règlement des différends et notamment la conciliation et la médiation. En outre, au regard de la prédominance de l'arbitrage d'investissement comme mode de règlement des différends dans les TBI, mais également dans les législations africaines, l'arbitrage devrait y occuper une place de choix. Avec un certain nombre de dispositions normatives innovantes et ambitieuses, le règlement des différends d'investissement devrait être un test de l'efficacité et de la solidité de la ZLECAF⁷⁷. Malheureusement au moment où nous finissons de rédiger cet article, le Protocole sur les investissements n'est pas encore rendu public. Ont également été adoptés lors du dernier Sommet de l'Union Africaine, le Protocole sur les droits de propriété intellectuelle et le Protocole sur les politiques de concurrence.

II. Les opportunités dans le domaine des MARD, suite à la mise en œuvre de la ZLECAF dans l'espace OHADA

L'adoption de l'Accord ZLECAF et des Protocoles est porteuse de nombreuses opportunités tant pour les praticiens que pour les centres de médiation et/ou d'arbitrage du continent (A). Toutefois, un certain nombre de changements sont nécessaires pour voir pleinement ces opportunités se concrétiser (B). Les prochains développements correspondent surtout à la situation qui prévaut dans l'espace OHADA.

A. Les perspectives de développement des activités des praticiens et des centres de médiation et/ou d'arbitrage

Les pays africains ont des configurations économiques différentes et les effets de l'Accord se feront sentir différemment selon le niveau de développement de chaque État⁷⁸. Toutefois, avec la mise en œuvre de la ZLECAF et la hausse escomptée des flux intra-africains, une hausse parallèle des litiges est inévitable. Nous envisagerons les perspectives de développement des activités tant chez les praticiens (1), que dans les centres africains de médiation et d'arbitrage (2).

1. Pour les praticiens

Pour les praticiens, la mise en œuvre de la ZLECAF est susceptible d'entraîner des changements dans la pratique de leurs activités (i) ; de nouvelles opportunités d'activités pourraient aussi voir le jour (ii). L'adoption du Protocole sur les services devrait faciliter la pratique des avocats, des arbitres, des centres d'arbitrage, des

77. A. Kairouani, *Les procédures de règlement des différends dans la zone de libre-échange continentale africaine : enjeux et perspectives*, op. cit., p. 384.

78. G. Hajer, *Accord portant création de la zone de libre-échange continentale africaine*, https://www.ceja.ch/images/CEJA/articles/droit_de_integration_et_de_union_africaine/Accord_portant_creation_Zone_Libre_echange_continentale_africaine.pdf (consulté le 10 mars 2023).

médiateurs, des experts, etc. hors de leurs frontières nationales. Ainsi, l'article 7 dudit Protocole dispose que « *les États parties accordent une attention particulière à la libéralisation progressive des secteurs des services et des modes de fourniture en vue de promouvoir les secteurs essentiels de la croissance et un développement économique social durable* ». Cette libéralisation se fera sur la base des principes d'équité, d'équilibre et d'avantages mutuels⁷⁹.

i) L'accroissement des activités

Si l'Afrique a une longue tradition de règlement pacifique des différends, sur le plan étatique, notamment en Afrique francophone⁸⁰, c'est l'entrée en vigueur de l'Acte uniforme relatif à la médiation⁸¹ (AUM) le 15 mars 2018 qui a marqué un tournant décisif en la matière. Depuis lors, de plus en plus de centres proposent des services de médiation, de plus en plus de formations en médiation sont proposées dans la zone OHADA...

En cas de survenance d'un litige entre États membres de la ZLECAF, la médiation :

- peut être initiée à tout moment (tout comme la conciliation et les bons offices) ;
- si les États parties le souhaitent, elle peut même continuer pendant que les travaux du Groupe spécial se poursuivent.

La mise en œuvre des textes de la ZLECAF est donc porteuse d'espoirs pour le développement de la médiation en Afrique, et dans la zone OHADA en particulier⁸². Elle est synonyme d'accroissement potentiel du nombre de procédures de médiation ouvertes.

En ce qui concerne l'arbitrage, nous avons vu qu'il y a 3 principales situations qui peuvent conduire à l'ouverture d'une procédure d'arbitrage :

- L'arbitre peut être appelé à déterminer le « *délai raisonnable* » accordé au défendeur pour la mise en œuvre des recommandations et décisions de l'ORD (article 24.3 du Protocole).

79. Article 3 (e) du Protocole sur le commerce des services. « *Les communautés économiques régionales (...) ont adopté (...) ce jour des approches différentes et acquis des expériences différentes en matière de libéralisation de services. L'impact actuel de la ZLECAF sur le secteur des services est simplement le fait qu'un objectif commun a été convenu* », J. Abdessalam, *La Zone de libre-échange continentale africaine (ZLECAF) : regard juridique*, op. cit., p. 3.

80. Lire sur la question de la médiation en Afrique, M. Bacqué, *Le règlement amiable des différends en Afrique francophone*, <https://cim-imc.com/wp-content/uploads/2019/10/LE-REGLEMENT-AMIABLE-DES-DIFFERENDS-EN-AFRIQUE-FRANCOPHONE.pdf> (consulté le 20 mars 2023).

81. Aux termes de l'article 1 de l'AUM, la médiation désigne tout processus, quelle que soit son appellation, dans lequel les parties demandent à un tiers de les aider à parvenir à un règlement amiable d'un litige, d'un rapport conflictuel ou d'un désaccord, découlant d'un rapport juridique, contractuel ou lié à un tel rapport, impliquant des personnes physiques ou morales, y compris des entités publiques ou des États.

82. « (...) La médiation est (...) le moyen par excellence de règlement des différends en Afrique notamment dans la quête effrénée des « *solutions africaines aux problèmes africains* » (...) Conscients de la torpeur qui les caractérise, l'on serait fondé de penser que les États membres de l'UA ont intentionnellement essayé de tuer leur bébé dans l'œuf. Parce que si les réformes suggérées pour un élargissement du mode de saisine ne sont pas entreprises, rien ne garantit que ces derniers en feront subitement usage au vu de ce qui précède. Et en supposant qu'ils déclenchent le mécanisme, il est très probable qu'ils se limitent aux stades des consultations et des bons offices. (...) », R. Simo, *Chronique d'une mort annoncée ? À propos du mécanisme de règlement des différends commerciaux de la Zone de libre-échange continentale africaine (ZLECAF)*, op. cit.

– Un arbitre peut être désigné par l'ORD lorsqu'un défendeur conteste le niveau ou la nature des contre-mesures proposées par le plaignant.

– L'arbitre peut être désigné sur la base d'un accord des États en cas de survenance d'un litige (article 25.8 du Protocole).

Les deux premières formes d'arbitrage se limitent à clarifier des questions précises lors de mise en œuvre des décisions de l'ORD. Certains auteurs se sont d'ailleurs demandé si le terme « *arbitrage* » était approprié en l'espèce⁸³. En tout cas, dans chacune de ces situations, les praticiens africains peuvent être sollicités. Pour ce faire, ils devront être proactifs, en cherchant à être nommés. Ils peuvent être directement choisis par les parties, être proposés par le centre d'arbitrage qui administre la procédure, ou par celui qui agit comme autorité de nomination.

La procédure d'arbitrage ouverte dans le cadre d'un différend entre États membres sera différente de l'arbitrage « *classique* » que l'on rencontre en matière commerciale :

- Les parties à l'arbitrage sont des États.
- La convention d'arbitrage et la sentence arbitrale sont notifiées à l'ORD en vue de l'exécution de la sentence.
- La sentence arbitrale peut avoir pour effet le retrait ou la suspension d'une mesure gouvernementale.
- Les différends entre les parties sont liés à la mise en œuvre du système commercial continental.
- Les sentences arbitrales ne doivent pas avoir pour effet de modifier les droits et obligations des États mais doivent avoir pour objectif de rétablir l'équilibre dans la mise en œuvre par les États des dispositions de l'Accord ou des Protocoles.
- L'interprétation des dispositions de l'Accord se fait sous le contrôle de l'ORD.
- Les arbitrages prévus aux articles 24.3 et 25.8 du Protocole visent des litiges connexes au règlement du litige principal.

Les praticiens devront tenir compte de ce contexte particulier et recevoir une formation appropriée.

ii) Les nouvelles opportunités issues de la ZLECAF

Des perspectives nouvelles s'offrent aux praticiens des MARD à savoir :

- conseiller les États à l'étape des consultations ;
- figurer sur la liste des personnes pouvant faire partie d'un Groupe spécial qui examine l'affaire dont l'ORD est saisi ;
- être membre de l'Organe d'appel qui connaît en appel des décisions rendues par les Groupes spéciaux ;
- assurer la défense des États, en agissant comme conseils ;
- faire partie des Groupes consultatifs d'experts⁸⁴ ;

83. G. Sacerdoti, *Structure et fonction du système de règlement des différends de l'OMC : les enseignements des dix premières années*, https://legal.un.org/avl/pdf/ls/Sacerdoti_RecReading1.pdf (consulté le 14 mars 2023).

84. Article 16.5. Lorsqu'une partie à un différend soulève un point de fait concernant une question scientifique ou technique, le Groupe spécial peut demander un rapport consultatif écrit à un Groupe consultatif d'experts ayant des qualifications et l'expérience avérées en la matière.

– faire partie du personnel du Secrétariat de la ZLECAF (constitué de plusieurs divisions)⁸⁵ ;

– conseiller les États dans la mise en œuvre des dispositions de l'Accord.

L'article 10 du Protocole sur les règles et procédures de règlement des différends dispose que dès l'entrée en vigueur de l'Accord, le Secrétariat établit et maintient une liste indicative comportant des noms de « *personnes disposées à servir comme membre d'un Groupe spécial* »⁸⁶. À ce titre, chaque État partie peut proposer annuellement au Secrétariat deux personnes à inscrire sur ladite liste. Quiconque est appelé à faire partie d'un Groupe spécial siègera indépendamment et à titre personnel, et non comme représentant d'un gouvernement. Les membres d'un Groupe spécial devront disposer d'une expertise avérée sur les questions relevant du différend, à moins que les parties n'en disposent autrement. La liste indicative et donc non fermée des membres de Groupes spéciaux est soumise à l'ORD par le Secrétariat, pour examen et adoption⁸⁷.

Le Groupe spécial, spécifique pour chaque différend, devra en examiner les aspects factuels et juridiques, présenter à l'ORD un rapport exposant ses conclusions sur la question de savoir si les allégations du plaignant sont fondées ou si les mesures contestées sont incompatibles avec les textes de la ZLECAF⁸⁸. Des règles ont été édictées pour s'assurer de la compétence, de l'indépendance et de l'impartialité de ces organes. En effet, le Protocole précise que les personnes inscrites sur la liste indicative doivent :

– avoir une expertise et une expérience en droit, en commerce international et autres questions couvertes par l'Accord ou en matière de règlement des différends découlant des accords commerciaux internationaux ;

– être choisis strictement sur la base de l'objectivité, la fiabilité et le discernement ;

– faire preuve d'impartialité, d'indépendance d'esprit⁸⁹ et n'être rattachées à aucune partie au différend ni recevoir d'instructions d'aucune de ces parties ;

– respecter le code de conduite adopté par le Conseil des Ministres.

De même, l'ORD désigne les membres qui font partie de l'Organe d'appel. Leur mandat est de quatre ans, renouvelable une fois, selon l'article 20.4 du Protocole. Afin d'éviter toute paralysie, le Protocole prévoit que lorsque l'ORD ne pourvoit pas à des postes vacants dans un délai de deux mois, le Président de l'ORD, en accord avec le Secrétariat, désigne de nouveaux membres de l'Organe d'appel⁹⁰. Qui peut être membre de l'Organe d'appel ?

– des personnes dont l'autorité est reconnue, qui auront fait la preuve de leur connaissance du droit, du commerce international, et des questions relevant de l'Accord⁹¹ ;

85. Voir article 13 de l'Accord. « *Le succès du système de règlement des différends de l'OMC s'est traduit par une augmentation de la charge de travail des divisions du Secrétariat de l'OMC chargées d'aider les groupes spéciaux et les arbitres* », OMC, *Guide sur le système de règlement des différends de l'OMC*, https://www.wto.org/french/res_f/booksp_f/dispuhandbook17_f.pdf (consulté le 13 mars 2023).

86. Article 10.9.

87. Article 10.2.

88. https://www.wto.org/french/res_f/booksp_f/dispuhandbook17_ch02_f.pdf (consulté le 14 mars 2023).

89. Article 10.11.

90. Article 20.6.

91. Article 20.7.

- des personnes n’ayant aucune attache avec une administration nationale ;
- des personnes disponibles et informées des activités de l’OMC en matière de règlement des différends et de ses autres activités pertinentes ;
- elles ne devront pas participer à l’examen d’un différend qui créerait un conflit d’intérêts⁹².

Plusieurs critères de sélection sont similaires à ceux utilisés pour le choix des arbitres/médiateurs : disponibilité, absence de conflits d’intérêts, expertise et expérience en droit, objectivité, impartialité, etc. Habités à trancher des litiges liés aux activités commerciales (arbitrage), habitués à concilier les intérêts des parties (médiation/conciliation), arbitres et médiateurs africains pourraient être membres des Groupes spéciaux et de l’Organe d’appel. Au-delà de leur implication dans le système mis en place dans le Protocole sur les règles et procédures de règlement des différends, les praticiens devraient être sollicités dans le cadre des litiges entre États et acteurs privés.

L’Organe d’appel et les Groupes spéciaux pourront aussi être constitués de professeurs d’université, de juristes, d’avocats, d’anciens fonctionnaires gouvernementaux ou d’anciens magistrats⁹³. Dans la mesure où les différends mettent souvent en jeu des questions factuelles complexes, de caractère technique ou scientifique (par exemple si l’existence d’un risque sanitaire lié à un produit est source de différends), des experts pourront aussi faire partie des Groupes spéciaux ou à défaut, leur avis sera requis. Les praticiens selon leurs compétences ou leurs affinités, devront s’insérer dans les interstices des procédures devant l’ORD.

Pour finir, le Secrétariat de la ZLECAF est en charge des aspects administratifs du règlement des différends. Il reçoit par exemple les frais liés aux procédures, il peut fournir une assistance technique aux parties à un différend à condition de rester impartial. Il assiste les Groupes spéciaux en ce qui concerne les aspects légaux, historiques et procéduraux des questions traitées et assure les services de secrétariat⁹⁴. Enfin, il est responsable de toutes les notifications pertinentes adressées à l’ORD et émanant de celui-ci aux parties. Tout ceci implique d’avoir recours à un certain nombre de juristes, d’experts, etc.

2. Pour les centres de médiation et/ou d’arbitrage en Afrique

Il n’est pas exclu que les centres de médiation et/ou d’arbitrage soient sollicités dans les procédures organisées par le Protocole sur les règles et procédures de règlement des différends. Pour rappel, l’article 27.1 du Protocole dispose que les parties à un différend peuvent recourir à l’arbitrage sur la base d’un accord mutuel et conviennent de la procédure à suivre. Elles pourront choisir entre un arbitrage *ad hoc* et un arbitrage institutionnel. Il existe environ 74 centres d’arbitrage et/ou de médiation sur le continent africain, et environ 22 centres dans l’espace OHADA (dont un centre régional)⁹⁵. Une étude menée par la School of Oriental and African

92. Article 20.8.

93. https://www.wto.org/french/res_f/booksp_f/dispuhandbook17_ch02_f.pdf (consulté le 10 mars 2023).

94. Article 29.

95. [https://afaa.ngo/resources/Documents/Arbitral%20Institutions%20in%20Africa%20\(Created%20by%20SOAS%20expanded%20by%20ICCA%202018\).pdf](https://afaa.ngo/resources/Documents/Arbitral%20Institutions%20in%20Africa%20(Created%20by%20SOAS%20expanded%20by%20ICCA%202018).pdf) (consulté le 14 mars 2023).

Studies (SOAS) en 2020 a révélé que le top 6 des institutions arbitrales en Afrique est constitué de la Fondation d'Arbitrage d'Afrique Australe (AFSA), du Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international (CRCICA), de la Lagos Court of Arbitration (LCA), du Nairobi Centre for International Arbitration (NCIA), de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA (CCJA) et du Centre d'arbitrage international de Kigali (KIAC)⁹⁶. Ces centres sont réputés pour la qualité de leur règlement d'arbitrage, leur professionnalisme en matière d'administration des procédures arbitrales, leurs équipements modernes, leur panel d'arbitres expérimentés. Leur réputation ne s'est pas faite en un jour. Il a fallu du temps pour que la qualité de leur travail soit reconnue. Le CRCICA par exemple a déjà enregistré plus de 1600 affaires entre sa création en 1979 et décembre 2022⁹⁷.

L'activité des centres situés dans la zone OHADA pourrait connaître un nouvel essor avec la mise en place de la ZLECAF⁹⁸. Ils pourraient se voir confier l'administration des procédures de conciliation, de médiation ou d'arbitrage ouvertes dans le cadre des litiges nés de l'application de l'Accord ou des Protocoles. Ils pourraient également intervenir comme autorité de nomination des arbitres, des médiateurs, des conciliateurs. Enfin, ils pourraient offrir aux États la logistique nécessaire pour les réunions de médiation et les audiences en arbitrage. Par ailleurs, rien n'empêche, en cas de survenance d'un différend commercial entre un État et une personne privée, que ces derniers recourent à un arbitrage institutionnel. Il faut faire remarquer que les États africains ont jusque-là montré une nette préférence pour les centres d'arbitrage internationaux tels que le CIRDI et la CCI. Cependant, de plus en plus de traités bilatéraux et multilatéraux signés entre les États africains désignent comme centre d'arbitrage, des centres situés en Afrique. Bien plus, dans une note circulaire du 3 mai 2022⁹⁹, le Premier ministre tchadien, après avoir constaté que « *tous les contrats, conventions et autres accords signés par le Tchad, les clauses relatives au règlement des différends désignent des instances étrangères* », a rendu obligatoire l'insertion d'une clause CCJA dans tous les contrats d'affaires, conventions ou accords signés par le Tchad. Le Centre de médiation et de conciliation de N'Djamena pourra être désigné pour connaître des différends contractuels.

B. Les changements nécessaires pour saisir ces opportunités

Un certain nombre de mesures devront être prises pour assurer l'effectivité du système de règlement des différends de la ZLECAF. En outre, l'implication des praticiens africains dans les différentes procédures n'est pas un acquis. Sans que la liste ne soit exhaustive, nous évoquerons quelques changements et améliorations qu'il conviendra de faire pour que les praticiens tirent pleinement profit de la mise en place de la ZLECAF et concourent à l'atteinte de ses objectifs.

96. E. Onyema (dir.), *L'arbitrage en Afrique*, Rapport d'enquête 2020, p. 5, [https://afas-global.org/files/survey-2020/2020%20Arbitration%20in%20Africa%20Survey%20Report%20\(French%20Translation\).pdf](https://afas-global.org/files/survey-2020/2020%20Arbitration%20in%20Africa%20Survey%20Report%20(French%20Translation).pdf) (consulté le 13 mars 2023).

97. <https://cricica.org/annual-caseload-reports/> (consulté le 20 mars 2023).

98. « *Many domestic judicial systems in Africa are notoriously inefficient, poorly staffed, the judges and judicial aides are poorly trained on diverse technical legal areas (...). Hence, the popularity of ISDS.* » K. Kugler, *AFCFTA: a window of opportunity for africanisation of dispute resolution*, 4 novembre 2022, 3rd annual Conference, AFAA, Accra.

99. Note circulaire n° 023/PCMT/PMT/SGG/2022 du 3 mai 2022.

1. L'adoption de procédures spécifiques complétant le système de règlement des différends de l'ORD

Les dispositions du Protocole sur les règles et procédures de règlement des différends ne suffisent pas pour que l'ORD puisse fonctionner normalement. Son article 5.4 dispose par exemple que l'ORD élabore les règles de procédure nécessaires pour l'exécution de ses fonctions et que son Président est élu par les États parties. En outre, l'article 6.3 précise que l'ORD adopte la procédure pour la sélection des membres du Groupe spécial, y compris les questions de conduite pour assurer leur impartialité. Chaque Groupe spécial établira la procédure à suivre dans le cadre du règlement du différend pour lequel il a été créé. Aussi, les parties devront présenter leurs conclusions, arguments et objections dans la forme fixée par le Groupe spécial. Enfin, l'article 22 du Protocole indique que l'Organe d'appel élabore lui-même ses procédures de travail en consultation avec le Président de l'ORD.

Des procédures ou modèles d'actes de procédure doivent donc être élaborés, soit par l'ORD, soit par les Groupes spéciaux ou l'Organe d'appel, voire par le Secrétariat de la ZLECAF : modèles de plaintes, procédures de notification, modèles de calendrier de procédure, les modèles de procédure de travail des Groupes spéciaux et des experts, etc. En effet, le Protocole énonce seulement des principes généraux. Ces éléments viendront compléter les différentes annexes au Protocole. À l'OMC par exemple, la Division des affaires juridiques, la Division des règles du Secrétariat de l'OMC, et le Secrétariat de l'Organe d'appel ont publié un « *guide sur le système de règlement des différends* » comprenant des explications sur le fonctionnement du système de règlement des différends, y compris des réponses aux questions procédurales¹⁰⁰. Une telle initiative dans le cadre de la ZLECAF permettra aux praticiens et aux administrations étatiques de s'imprégner du nouveau dispositif. Le travail de sensibilisation et de promotion qu'il conviendra de faire dans les prochaines années, déterminera probablement le sort que les États réserveront à ce dispositif. Pour une plus large diffusion, la mise en ligne des procédures adoptées, notamment sur le site de l'Union africaine est souhaitable.

2. Le renforcement des capacités des praticiens

À la demande d'une partie à un différend, le Secrétariat pourra fournir des conseils et une assistance juridique supplémentaire en matière de règlement des différends¹⁰¹. Cette aide sera précieuse pour les États, surtout les premières années d'activités de l'ORD. Toutefois, elle sera forcément limitée à cause des principes de neutralité et d'impartialité qui entourent les missions du Secrétariat dans ses interactions avec les États. L'article 28.2 du Protocole dispose que le Secrétariat de la ZLECAF pourra organiser des stages spéciaux de formation au profit des États intéressés, en vue du renforcement des capacités des experts sur les procédures et les pratiques de règlement des différends. L'Union africaine a donc été sensible à la question de la formation des acteurs du système de règlement des différends de

100. https://www.wto.org/french/res_f/booksp_f/dispuhandbook17_f.pdf (consulté le 10 mars 2023).

101. Article 28.1.

la ZLECAF. Elle n'est cependant pas allée jusqu'à mettre en place comme l'OMC, un institut de formation et de coopération technique¹⁰².

En tout état de cause, un vaste chantier de formation attend le Secrétariat. Idéalement, ces formations devraient être organisées tant au niveau continental, qu'aux niveaux régionaux et nationaux afin qu'un grand nombre de praticiens en bénéficient. En effet, la formation des différents acteurs du système de règlement des différends, sera un élément clé pour l'effectivité et l'efficacité dudit système. Plus les États auront confiance en l'expertise de ses acteurs, plus ils auront recours aux institutions de la ZLECAF. En effet, les procédures devant l'ORD tirent leur force de ce qu'elles permettent d'assurer la primauté de la règle de droit, de manière équilibrée, quelles que soient les parties à l'instance, puissances commerciales ou non¹⁰³. Pour un auteur, les juristes et autres acteurs concernés en Afrique, notamment ceux qui aident à élaborer les politiques commerciales, devraient maîtriser le mécanisme de règlement des différends de la ZLECAF¹⁰⁴. Une institution comparable au Centre consultatif sur la législation de l'OMC, pourrait contribuer au renforcement des capacités des juristes. La formation d'un grand nombre de juristes et de décideurs africains au droit commercial international contribuerait aux efforts d'intégration et à l'accroissement du commerce intra-africain¹⁰⁵.

3. Le changement de mindset des praticiens de l'arbitrage

L'arbitrage dont il est question dans le Protocole sur les règles et procédures de règlement des différends n'est pas un arbitrage « classique » à cause du contexte qui le voit naître, de ses parties, de l'objet du différend, et aussi de ses implications dans les rapports commerciaux entre les États. Il sera donc impératif qu'un changement de mentalité s'opère chez les arbitres qui ont l'habitude de trancher un litige, « de déclarer une partie fautive », voire même chez les conseils. Dans le cadre de la ZLECAF, il sera davantage question d'éviter les entraves au commerce intra-africain. En effet, le différend commercial naîtra généralement du fait qu'un État estime qu'un de ses avantages garantis par les textes de la ZLECAF est annulé ou réduit par un autre membre. Les arbitres devront tenir compte de la nécessité de rapprocher les parties, mais aussi des conséquences politiques que pourraient avoir les sentences arbitrales. Il sera davantage question de mettre fin à un différend que de trancher un litige. Le règlement des différends aura pour but de permettre que les dispositions de l'Accord et des Protocoles soient bien appliquées.

102. https://www.wto.org/french/tratop_f/devel_f/teccop_f/tct_f.htm (consulté le 14 octobre 2023).

103. J. Burda, *L'efficacité du mécanisme de règlement des différends de l'OMC : vers une meilleure prévisibilité du système commercial multilatéral*, op. cit., p. 32.

104. United Nations conference on trade and development, *African Continental Free Trade Area: Design of dispute settlement mechanism should reflect preferences and realities of all its member States*, op. cit.

105. Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, *La contribution potentielle de la Zone de libre-échange continentale africaine à une croissance inclusive*, op. cit., p. 183.

4. Le développement des centres nationaux

Tous les centres d'arbitrage situés dans la zone OHADA sont potentiellement éligibles pour administrer des arbitrages ouverts conformément à l'article 27 du Protocole sur les règles et procédures de règlement des différends. La question est maintenant celle de savoir si ces centres de médiation et/ou d'arbitrage sont préparés à l'accroissement du volume des différends résultant de l'augmentation des échanges commerciaux. La préférence des États ira-t-elle au centre régional (la CCJA) ou aux centres nationaux ? Le rapport SOAS sur l'arbitrage en Afrique indique que parmi les critères de sélection des centres d'arbitrage, il y a : l'accès à une technologie efficace, des règles d'arbitrage claires et disponibles en plusieurs langues, le professionnalisme du personnel, la gestion rapide des dossiers, l'existence d'équipements modernes, etc.¹⁰⁶.

S'il existe au moins un centre d'arbitrage dans chaque État membre de l'OHADA, exceptés en Guinée Bissau et en Guinée équatoriale¹⁰⁷, tous les centres ne sont pas au même niveau de développement et seuls quelques-uns disposent d'équipements adéquats pour accueillir des affaires d'une certaine importance. Peu de centres mettent à disposition du public leurs statistiques sur les affaires enregistrées, il est donc difficile de dire combien fonctionnent effectivement. Plusieurs centres n'ont pas de sites internet, ne mettent pas en ligne leurs règlements d'arbitrage, et ne communiquent pas sur leurs activités. Le financement des centres reste une préoccupation majeure dans la zone OHADA, car l'administration des affaires reste leur principale source de financement. Afin d'être plus compétitifs, les centres gagneraient à travailler en synergie, développer les compétences de leur personnel, bâtir une solide réputation, se doter d'équipements modernes et adopter des règlements aux standards internationaux.

5. Un lobbying pour faire connaître et désigner les praticiens africains

Un travail d'identification des professionnels susceptibles de faire partie des Groupes spéciaux ou de l'Organe d'appel pourrait être fait par les Barreaux ou les associations de professionnels bien implantées sur le continent. À l'analyse de la mission confiée aux Groupes spéciaux et à l'Organe d'appel, on note qu'il ne suffira pas d'être juriste pour être membre de ces organes. Il faudra en effet détenir de solides compétences en droit privé et en droit public, précisément en droit du commerce international, voire en droit des investissements. À l'OMC, même si des personnes ont pu faire partie de plus d'un Groupe spécial, il n'y a pas de continuité institutionnelle en ce qui concerne les membres des différents Groupes spéciaux¹⁰⁸. En 2016, au total 276 personnes différentes avaient été membres d'un Groupe spécial à l'OMC. On peut penser que la situation sera la même à l'Union africaine, en termes de diversité de personnes pouvant faire partie des Groupes

106. E. Onyema (dir.), *L'arbitrage en Afrique*, op. cit., p. 10.

107. M.-A. Ngwe, « Le marché de l'arbitrage dans l'espace OHADA », in A. Ngwanza (sous la dir.), *Vingt ans d'arbitrage OHADA : bilan et perspectives*, LexisNexis, 2019, p. 397 et s.

108. https://www.wto.org/french/res_f/booksp_f/dispuhandbook17_ch02_f.pdf (consulté le 10 mars 2023).

spéciaux¹⁰⁹. Les praticiens africains regrettent souvent leur faible participation au règlement des différends interétatiques, notamment lorsqu'un arbitrage est ouvert. Le lobbying des praticiens africains et même des centres d'arbitrage et de médiation doit continuer auprès des États, afin d'accroître leur implication dans ce type de dossiers.

6. L'amélioration de l'accessibilité et de la sécurité des villes africaines

Des risques demeurent que le siège des arbitrages initiés dans le cadre de la ZLECAF se situe hors du continent, et que ce soient les centres d'arbitrage étrangers qui administrent ces procédures. En effet, parmi les 10 principes CIARB¹¹⁰ qui caractérisent un environnement favorable à l'arbitrage, on compte l'accessibilité et la sécurité du lieu choisi comme siège de l'arbitrage. Une place d'arbitrage doit pouvoir être accessible dans de bonnes conditions sécuritaires, sans trop de contraintes administratives. Elle doit fournir des facilités fonctionnelles nécessaires aux procédures d'arbitrage. Plusieurs États africains ont par exemple, ces dernières années facilité l'accès des étrangers sur leur territoire, avec des visas électroniques ou des visas obtenus sur place. Les efforts ainsi entrepris devraient se généraliser.

Afin d'atteindre les objectifs de la ZLECAF, notamment l'établissement de règles transparentes et prévisibles pour régir le commerce des marchandises et des services, les États membres ont mis en place un système constitué de divers mécanismes de règlement des différends pouvant survenir entre États. D'une part, les procédures amiables (consultations, bons offices, conciliation, médiation), et d'autre part, les procédures contentieuses (procédure devant l'ORD et arbitrage). L'analyse de ces différentes procédures laisse entrevoir de nombreuses opportunités pour les praticiens africains. En effet, notre étude qui a essentiellement porté sur la zone OHADA, montre que la pratique des MARD pourrait connaître un développement non négligeable dans les prochaines années avec la mise en œuvre des Protocoles. Les praticiens africains pourraient être sollicités comme arbitres, médiateurs ou conciliateurs, ils pourraient intégrer les Groupes spéciaux ou l'Organe d'appel de l'Organe de règlement des différends. Ils pourraient aussi intervenir comme conseils des États, faire partie des Groupes consultatifs d'experts, etc. Toutefois, le développement des MARD ne sera optimal que si certains changements accompagnent la mise en œuvre du système de règlement des différends de la ZLECAF. Le temps nous dira quelle sera la préférence des États entre les procédures amiables et les procédures contentieuses. Il permettra probablement de mieux apprécier l'efficacité des procédures notamment celles conduites par l'ORD.

109. Au 1^{er} décembre 2016, les ressortissants de 59 membres de l'OMC ont fait partie des Groupes spéciaux de l'OMC. https://www.wto.org/french/res_f/booksp_f/dispuhandbook17_ch02_f.pdf (consulté le 10 mars 2023).

110. <https://www.ciarb.org/>

Sur les dangers de l'installation du siège d'un tribunal arbitral sous l'égide de la CCJA en dehors de l'espace OHADA

Mahutodji Jimmy Vital KODO
FCIArb*

RÉSUMÉ

L'une des particularités de l'arbitrage sous l'égide de la CCJA se trouve, en raison de l'étendue de la compétence territoriale de cette Cour qui couvre dix-sept pays d'Afrique, dans le grand nombre de choix possibles pour la fixation du siège d'un tribunal arbitral, que les parties peuvent situer dans n'importe quelle ville des États parties au Traité relatif à l'OHADA. Les textes applicables n'exigeant pas expressément la fixation du siège d'un tribunal arbitral sur le territoire géographique de l'OHADA, les parties peuvent opter pour un siège en dehors des États parties, comme l'indique l'arrêt commenté. Le présent commentaire attire cependant l'attention sur les risques réels de cette pratique, dont les praticiens avertis feraient mieux de s'éloigner pour limiter des complications procédurales.

Introduction

1. Le 3 juin 2021, l'Assemblée plénière de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) a rendu un arrêt n° 111/2021¹ relatif à un arbitrage régi par son Règlement d'arbitrage mais dont le siège était installé en dehors de l'espace géographique de l'OHADA. Tout en étant conforme au droit positif de l'OHADA, cette décision, qui affirme entre autres le caractère non pathologique d'une convention d'arbitrage fixant le siège d'un tribunal arbitral en dehors de l'espace géographique de l'OHADA pour un arbitrage sous l'égide de la CCJA, et qui précise qu'une telle clause² n'est ni nulle ni inapplicable du seul fait de

* Docteur en droit, avocat aux barreaux de Paris (France) et de Kinshasa Matete (République démocratique du Congo) ; ancien Conseiller technique du Président de la CCJA – OHADA.

1. CCJA, Ass. plén., N° 111/2021, 3 juin 2021 : *NJOUNKWE Martin c/ ORAGROUP SA*.

2. Bien que traduisant deux variantes de la volonté exprimée par des parties de soumettre leur litige à l'arbitrage, « clause » et « convention » sont employées sans distinction dans le cadre de la présente publication.

la situation du siège du tribunal à l'étranger³, nous donne l'occasion de réitérer, dans ce commentaire qui ne sera consacré qu'à cette solution de l'arrêt, les mises en garde contre un tel choix dont les conséquences autrefois envisagées par la doctrine, sont désormais réelles, comme il sera démontré *infra*.

2. Il résulte des faits à l'origine de l'arrêt de la CCJA que dans le cadre des négociations pour le contrôle, par une banque, d'une société de microfinance située au Cameroun, une convention avait été signée entre la banque et les actionnaires de la société de microfinance afin de garantir à la banque l'exactitude des éléments du passif et de l'actif tels que présentés dans les comptes de la société de microfinance et engageant les actionnaires à dédommager la banque de tout accroissement du passif ou diminution de l'actif, ayant une origine antérieure mais qui surviendrait après la cession. Estimant qu'un passif supplémentaire et une majoration des éléments d'actifs avaient été révélés postérieurement à l'acquisition et montraient un manque de sincérité dans les déclarations des garants par rapport à la situation réelle de la société de microfinance au jour de la cession, la banque mit en œuvre la clause compromissoire figurant dans le contrat de cession, ce qui aboutit à la sentence attaquée, rendue sous l'égide de la CCJA. Le demandeur en annulation indiquait, entre autres, que la sentence aurait été rendue par un tribunal qui n'était pas compétent car, selon le demandeur, la convention d'arbitrage qui prévoyait un arbitrage sous l'égide de la CCJA et dont le siège serait fixé en France était pathologique, ce qui rendait la convention nulle ou inapplicable.

3. Nous avons déjà déconseillé par le passé l'installation du siège d'un tribunal arbitral sous l'égide de la CCJA en dehors de l'espace géographique de l'OHADA et exhorté les plaideurs à privilégier un siège dans le ressort territorial de la CCJA⁴. La doctrine a également alerté sur les risques inhérents au choix d'un siège en dehors de l'espace géographique de l'OHADA⁵. La jurisprudence récente confirme ces craintes, comme il sera démontré ci-après. Par l'arrêt commenté, la CCJA affirme la conformité de la pratique au droit positif de l'OHADA (I) ; cependant, une analyse rapide des risques inhérents à cette pratique nous pousse à formuler quelques recommandations contre cette pratique aux praticiens et à la CCJA, afin de maintenir l'efficacité du système d'arbitrage de la CCJA (II).

I. La validation du siège étranger par la CCJA

4. Dans sa réponse, qu'il est utile de présenter succinctement ici, la CCJA commence par donner sa définition de la clause pathologique (A) avant de dire qu'elle n'entraîne pas d'office la nullité ou l'inapplicabilité la convention d'arbitrage qui en est affectée (B).

3. Il s'agit spécifiquement de l'installation du siège du tribunal arbitral dans un endroit non situé dans l'un des dix-sept États parties au Traité relatif à l'OHADA.

4. Nous avons déjà déconseillé la fixation du siège d'un tribunal arbitral sous l'égide de la CCJA en dehors de l'espace géographique de l'OHADA ; voir notamment : M. J. V. KODO, N. AKA, « Chapter 2: The CCJA as a Regional Arbitration Institution », in E. ONYEMA (ed.) *The Transformation of Arbitration in Africa: The Role of Arbitral Institutions*, Kluwer Law International, 2016, p. 23-24, note n° 23.

5. Voir notamment voir CA Paris, 1^{re} ch., 25 février 2020 : *Léopold Ekwa Ngalle & autres c/ EPIC Société Nationale des Hydrocarbures & autres*, Rev. arb. 2021.205, note A. FOUCHARD, p. 227.

A. Le rappel de la notion de clause pathologique

5. La notion de « clause pathologique » a été inventée par Frédéric Eismann⁶. La doctrine nous indique que selon cet auteur, toute clause ne remplissant pas l'une des quatre fonctions ci-après est pathologique :

- produire des effets obligatoires entre les parties ;
- écarter l'intervention des tribunaux étatiques, tout au moins avant le prononcé de la sentence ;
- donner aux arbitres le pouvoir de régler les litiges ;
- permettre la mise en place d'une procédure conduisant dans les meilleures conditions d'efficacité au prononcé d'une sentence⁷.

6. D'innombrables juridictions à travers la planète ont amplement eu l'occasion de définir la notion de clause pathologique et il ne serait d'aucune utilité de chercher à en dresser ici un inventaire qui, en tout état de cause, serait difficile. Cela ayant été précisé, il est intéressant de noter que c'est, à notre connaissance, sans doute la première fois que la CCJA définit la notion de clause pathologique. Elle indique notamment qu'« *une clause pathologique s'entend d'une clause dont la rédaction défectueuse ne permet pas la constitution d'un tribunal arbitral, et rend impossible l'établissement de la compétence arbitrale du tribunal* »⁸. Il semble donc que pour la CCJA, les deux principaux critères à examiner dans la détermination du caractère pathologique ou non d'une convention d'arbitrage sont la possibilité de former un tribunal arbitral et d'en établir la compétence. Si une clause, de par son libellé, n'empêche pas de constituer un tribunal arbitral pour se conformer à la volonté des parties de faire régler leur litige par cette voie ou, une fois le tribunal constitué, n'empêche pas la compétence de celui-ci d'être retenue, la clause n'est alors pas pathologique.

7. En d'autres termes, toute clause qui n'empêcherait pas le lancement de la procédure arbitrale ne serait pas pathologique, nonobstant toute(s) autre(s) irrégularité(s) susceptible(s) de l'affecter. À cet effet, la CCJA avait déjà jugé, sans définir formellement la clause pathologique, que la clause qui, telle que libellée, *renvoie expressément à l'arbitrage*, ne saurait être déclarée inexistante ou nulle, nonobstant ses insuffisances, dès lors qu'elle peut opportunément être complétée par les dispositions pertinentes tant de l'AUA⁹ que de celles du Code de procédure interne applicable. Tel fut le cas dans une affaire où la clause, intitulée « notifications-différends-droit applicable », stipulait qu'« (...) *en cas de différend, elles (les parties) privilégient le règlement amiable. À défaut, elles s'en remettent à l'arbitrage. Dans ce cas, le droit applicable est le droit congolais et le*

6. Selon Frédéric BACHAND (« Arbitrage commercial international. Une clause compromissoire ne visant expressément que les différends relatifs à l'interprétation du contrat est-elle applicable à ceux portant sur son exécution ? », <https://ssl.editionsthemis.com/uploaded/revue/article/rjtv0135num3/bachand.pdf>), la notion de « clause pathologique » a pour auteur Frédéric EISMANN, « La clause d'arbitrage pathologique », in *Association Italienne pour l'Arbitrage, Arbitrage commercial – Essais in memoriam Eugenio Minoli*, Turin, UTEC, 1974, p. 129.

7. Selon le Rapport d'Anne-Françoise PASCAL, *Arbitrage international : le principe compétence-compétence et les clauses pathologiques*, dans la procédure en cassation ayant abouti à l'arrêt : Cass. 1^{re} civ., 20 février 2007, n° 06-14.107 (n° 228 FS-PBI), *Sté UOP NV c/ Sté BP France*, RJDA 5/07, n° 13.

8. CCJA, Ass. plén., N° 111/2021, précité.

9. Acte uniforme relatif à l'arbitrage.

lieu d'arbitrage, Kinshasa ». C'est donc à bon droit que le tribunal arbitral dans cette affaire a considéré valable ladite clause, l'argument tiré de son expiration manquant de pertinence¹⁰.

8. Dans l'arrêt sous commentaire, la CCJA continue sur la même lancée en indiquant qu'en l'espèce, la clause compromissaire ne saurait être pathologique du seul fait du choix par les parties d'un siège d'arbitrage situé en dehors de l'espace OHADA, notamment à Paris en France¹¹.

9. La notion de la clause pathologique au sens de la CCJA ayant été présentée, il convient de s'intéresser à une conséquence que la Cour a, à juste titre, refusé de tirer de son existence avérée.

B. Le caractère pathologique n'entraîne pas d'office la nullité ou l'inapplicabilité d'une convention d'arbitrage qui en est affecté

10. Le second motif invoqué à l'appui du recours en annulation de la sentence arbitrale était tiré du défaut de convention d'arbitrage, de la pathologie de la clause d'arbitrage¹² et de l'incompétence des arbitres. Le demandeur en annulation reprochait notamment au tribunal arbitral d'avoir retenu sa compétence après avoir jugé régulière et conforme à la volonté des parties la clause compromissaire contenue dans la convention de cession, alors, selon le demandeur, qu'elle était affectée de pathologies la rendant nulle ou inapplicable, notamment en raison de la fixation du siège à Paris pour cet arbitrage pourtant placé sous l'égide de la CCJA. Toujours selon le demandeur, une telle clause, qui n'aurait pas permis le contrôle juridictionnel de la sentence à intervenir, devait être considérée comme pathologique et en retenant sa compétence sur une telle base, au lieu de constater l'absence d'une convention d'arbitrage, le tribunal arbitral aurait exposé la sentence attaquée à l'annulation.

11. En d'autres termes, pour le demandeur, (i) le simple fait d'avoir établi le siège du tribunal arbitral en dehors de l'espace géographique de l'OHADA rendait la convention d'arbitrage pathologique ; (ii) cette pathologie de la convention la rendait nulle ou inapplicable ; et (iii) en s'abstenant de constater l'absence d'une convention d'arbitrage, le tribunal arbitral aurait exposé sa sentence à l'annulation.

12. Par une motivation succincte mais convaincante, la CCJA rejette tous les trois motifs d'annulation.

13. *Premièrement*, pour retenir, comme mentionné au paragraphe n° 6 ci-dessus, que la clause compromissaire n'était pas pathologique du seul fait de la fixation du siège par les parties en dehors l'espace OHADA, la CCJA rappelle que l'arbitrage sous son égide¹³ n'oblige pas les parties à fixer le siège de l'arbitrage dans un lieu

10. CCJA, 1^{re} ch., N° 063/2021, 8 avril 2021 : Marc ORPHANIDES c/ Alkarim ALNOOR JAMAL.

11. CCJA, Ass. plén., N° 111/2021, précité.

12. En l'espèce, la clause stipulait que « tous différends découlant de la présente Convention ou en relation avec celle-ci seront tranchés définitivement suivant l'Acte uniforme (...) relatif au droit de l'arbitrage en date du 11 mars 1999 et le Règlement de procédure de la [CCJA] (la CCJA) (...). La (ou les) demanderesse(s) devront initier la procédure d'arbitrage en envoyant une demande d'arbitrage à la CCJA conformément [à son] Règlement d'arbitrage » (CCJA, Ass. plén., N° 111/2021, précité).

13. Sur la distinction, capitale, que fait la CCJA entre l'arbitrage sous son égide qui est régi par les articles 21 à 26 du Traité relatif à l'OHADA et le Règlement d'arbitrage de la CCJA avec ses

précis, aucune disposition légale ne subordonnant la validité d'un tel arbitrage à cette condition¹⁴, et que la fixation du siège en dehors de l'espace OHADA n'a aucune incidence sur la *lex arbitri*, qui demeure le Règlement de procédure de la CCJA, le contrôle juridictionnel allégué par la partie demanderesse pouvant être assuré par la CCJA. Il s'ensuit que le motif d'annulation fondé sur le choix d'un siège situé en dehors du territoire de l'OHADA doit être rejeté comme infondé¹⁵.

14. *Deuxièmement*, la CCJA nous enseigne implicitement – puisqu'elle n'a pas expressément répondu au second motif du demandeur – que le simple fait pour une convention d'arbitrage d'être pathologique (ce qui au demeurant n'était pas avéré en l'espèce) ne suffit pas pour en faire une clause nulle ou inapplicable. Cette position de la Cour mérite l'approbation dès lors que comme démontré ci-dessus, s'il n'est pas impossible que la nullité ou l'inapplicabilité manifestes d'une clause découle de la pathologie qui pourrait l'affecter, l'existence avérée de la pathologie n'a pas systématiquement et inévitablement pour but de rendre la clause nulle ou inapplicable. Il en est ainsi dès lors que dans bien des cas, la pathologie est curable, comme la CCJA l'a reconnu¹⁶. Pour autant qu'elle n'empêche pas la procédure arbitrale d'être mise en marche par la constitution d'un tribunal arbitral compétent, la pathologie affectant une convention d'arbitrage aurait, pour ainsi dire, une incidence limitée. Dans ces conditions, sa seule existence ne peut avoir pour effet d'emporter la nullité ou l'inapplicabilité de la convention en cause, comme a essayé de le faire juger le demandeur dans l'arrêt commenté.

15. Les réponses de la Cour aux deux premiers motifs d'annulation soulevés par le demandeur emportent inévitablement et sans surprise le rejet du *troisième* ; la clause n'étant en l'espèce ni pathologique, ni de nature à empêcher le contrôle juridictionnel de la sentence par la CCJA, la sentence arbitrale n'encourt aucune annulation.

16. S'il est vrai que les réponses de la CCJA aux différents motifs d'annulation évoqués ci-dessus sont conformes au droit positif de l'OHADA en matière arbitrale et procèdent d'une motivation pertinente et juste, et qu'aucune disposition applicable à l'arbitrage sous l'égide de la CCJA n'oblige les parties à fixer le siège de leur tribunal arbitral en un lieu précis, à l'instar de l'AUA qui requiert un siège sur le territoire d'un État partie à l'OHADA¹⁷, il n'en demeure pas moins que cette option n'est pas sans risques et peut en réalité s'avérer lourde de conséquences pour les parties.

annexes, d'une part, et l'arbitrage, institutionnel ou non, régi par l'Acte uniforme relatif à l'arbitrage (AUA) dans chacun des États parties au Traité relatif à l'OHADA, d'autre part, voir Mahutodji Jimmy Vital KODO, *Arbitration in Africa under OHADA Rules*, Kluwer Law International, 2020, page 5.

14. Il convient de relever au passage que sur ce point, la CCJA se conforme à sa jurisprudence constante selon laquelle l'on ne saurait exiger ce que la loi elle-même n'exige pas (CCJA, 1^{re} ch., n° 030/2010, 29 avril 2010 : *Thales Security Systems SAS c/ Maître O. K.* ; CCJA, 2^e ch., N° 151/2020, 30 avril 2020 : *Ecobank-Niger c/ Issa Mahamadou Habibou* ; CCJA, 3^e ch., N° 140/2021, 24 juin 2021 : *OLHEOL Industries Côte d'Ivoire c/ BACI*).

15. CCJA, Ass. plén., N° 111/2021, précité.

16. Voir par exemple, CCJA, 1^{re} ch., N° 063/2021, 8 avril 2021, précité.

17. Il a ainsi été constamment jugé, en application de l'article 1 de l'AUA, selon lequel « [cet Acte uniforme] a vocation à s'appliquer à tout arbitrage lorsque le siège du tribunal arbitral se trouve dans l'un des États parties », que l'arbitrage qui a eu lieu hors de l'espace OHADA, notamment à Londres (CCJA, 3^e ch., n° 020/2011, 6 décembre 2011 : *Safic Alcan Commodities c/ Complexe Chimique Camerounais*) ou en Suisse (CCJA, 2^e ch., n° 113, 17 mai 2018 : *Ottakringer Brauerei AG c/ UCB SA*), n'est pas soumis à l'AUA.

II. Les risques et les recommandations

17. Avant de formuler quelques recommandations pratiques à prendre en compte lors de la rédaction des clauses compromissaires ou du choix du siège d'un tribunal arbitral (B), il convient de présenter préalablement les risques qui font de cette pratique un réel danger pour les parties à un arbitrage sous l'égide de la CCJA (A).

A. Les risques inhérents à la fixation du siège en dehors de l'espace OHADA

18. À titre préliminaire, il convient de rappeler, comme cela a été mentionné en introduction, que la doctrine avait déjà mis en garde contre les risques que comporte l'installation du siège d'un tribunal arbitral sous l'égide de la CCJA en dehors de l'espace géographique de l'OHADA.

19. Les risques inhérents à la fixation du siège en dehors de l'espace OHADA peuvent s'appréhender au moins à deux niveaux : les conflits (1) et les difficultés de reconnaissance et d'exécution après la reddition de la sentence arbitrale (2).

1) Les risques de conflits

20. Trois types de conflits peuvent naître de l'installation du siège d'un tribunal arbitral en dehors de l'espace OHADA lorsqu'il s'agit d'une procédure sous l'égide de la CCJA. Ils concernent les normes, la compétence et, s'agissant du contrôle des sentences, le résultat des recours en annulation.

21. *Premièrement*, il y a un risque de conflit de normes applicables à la procédure arbitrale. Il est vrai que pour la CCJA, « la fixation du siège hors l'espace OHADA n'a (...) aucune incidence sur la *lex arbitri*, qui demeure ici le Règlement de procédure de la CCJA, le contrôle juridictionnel allégué par la partie demanderesse pouvant être assuré (...) par la CCJA »¹⁸. Ainsi, pour la CCJA, l'installation du siège en dehors de l'espace géographique de l'OHADA ne semble poser aucun problème relativement au droit applicable à la procédure et ultérieurement, à l'examen éventuel de la sentence arbitrale. Ce raisonnement de la Cour semble procéder du postulat qu'un arbitrage sous son égide serait et demeurerait régi exclusivement par ses textes. Cependant, il ne faudrait pas perdre de vue que dans la plupart des législations, qui peuvent être d'ordre public, le siège d'un tribunal arbitral détermine souvent le droit applicable à la procédure, sous réserve de la possibilité parfois laissée aux parties d'y déroger, par exemple en choisissant un Règlement d'arbitrage dérogeant à certaines dispositions du droit applicable. En Suisse par exemple, l'article 373 du Code de procédure civile¹⁹, ainsi que l'article 182 de la *Loi fédérale sur le droit international privé*, pour les arbitrages internationaux²⁰, permettent aux parties de choisir le règlement d'arbitrage de leur choix. Il en est

18. CCJA, Ass. plén., N° 111/2021, précité.

19. Voir <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2010/262/fr>, consulté le 5 mars 2023.

20. Voir <https://www.swissarbitration.org/wp-content/uploads/2021/05/LDIP-Chapitre-12-version-française-1.pdf>, version en vigueur au 1^{er} février 2021, consulté le 5 mars 2023.

de même de l'article 1506 du Code de procédure civile français qui permet aux parties de déroger à plusieurs dispositions françaises applicables à une procédure arbitrale dont le siège est fixé en France. Cependant, il convient de garder à l'esprit que quel que soit le choix du règlement, la loi du siège aura – dans la plupart des législations – son mot à dire, risque que la CCJA ne semble pas avoir perçu et qui semble militer en faveur de l'abandon, par les parties avisées, de la position prônée par la CCJA et évoquée ci-dessus.

22. *Deuxièmement*, il y a un risque de conflits de compétence, dans la mesure où, en dehors de la CCJA qui comme démontré au paragraphe précédent, se reconnaît d'office compétente tant pour l'administration de la procédure sous son égide que pour ses suites, la législation de la plupart des pays prévoit un juge d'appui (ou son équivalent) dont la compétence en matière arbitrale peut plus ou moins varier.

23. *Troisièmement*, il y a un risque réel de se retrouver en présence de décisions contradictoires notamment lorsque par exemple, la sentence rendue, la CCJA l'annule et qu'elle est exécutée ailleurs au siège de la procédure, ou inversement. Ce risque ne semble plus potentiel dans la mesure où récemment, une sentence partielle sur la compétence, rendue sous l'égide de la CCJA par un tribunal dont le siège était fixé à Paris, s'est vu accorder l'exequatur en France²¹ malgré son annulation par la CCJA²².

2) Difficultés relatives à la validité et la reconnaissance des sentences arbitrales rendues sous l'égide de la CCJA par un tribunal dont le siège était situé en dehors de l'espace OHADA

24. Le risque de conflits, d'abord de normes applicables, puis de compétences peut, lorsqu'il se réalise, entraîner des situations comme celle de se trouver en présence de décisions judiciaires contradictoires portant sur une même sentence qui serait admise dans un ordre juridique et non-admise dans l'autre, comme cela a été illustré au paragraphe n° 23 ci-dessus. Ce risque ayant déjà été suffisamment présenté²³, il ne serait pas utile de s'y attarder ici. Il est vrai que le phénomène consistant à voir certaines sentences rendues sous l'égide de la CCJA et annulées par celle-ci se voir accorder l'exequatur par les juridictions françaises, ou inversement, de voir certaines sentences reconnues valides à l'étranger se voir refuser l'exequatur en France ne résulte pas uniquement de la fixation du siège d'un arbitrage sous l'égide de la CCJA en France ; mais cette situation peut y contribuer et c'est ce risque qu'il convient d'éviter. Certaines précautions peuvent permettre de limiter ce risque, à défaut de l'écartier.

21. Tribunal judiciaire de Paris, Ordonnance d'Exequatur N° RD 22/01045 – N° Portalis 325J-W-B7G-CW2NC du 27 avril 2022 : *Innovent Bénin SA c/ 1/ Société Béninoise d'Énergie Électrique (SBEE) SA, 2/ État du Bénin*.

22. CCJA, Ass. plén., N° 105/2022, 23 juin 2022 : *1/ Société Béninoise d'Énergie Électrique (SBEE) SA, 2/ État du Bénin c/ Innovent Bénin SA*.

23. Voir notamment A. FOUCHARD, Rev. arb. 2021.205, précité, pages 23-25, l'auteur attire notamment l'attention sur la différence du contenu de la loi applicable à la validation et le contrôle des sentences, selon que la CCJA, sur le fondement de son Règlement d'arbitrage, ou une juridiction française, sur le fondement des dispositions du Code de procédure civile français, sont françaises amenées à statuer sur un recours en annulation.

B) Quelques recommandations susceptibles de minimiser les risques

25. La finalité de l'insertion d'une clause compromissoire dans un contrat ou de la signature ultérieure d'un compromis d'arbitrage est de parvenir, en cas de litige, à une sentence arbitrale tranchant ledit litige et susceptible d'être exécutée sans encombre. Si l'aversion des clauses pathologiques a pour finalité de pouvoir mettre en œuvre une procédure arbitrale par la constitution d'un tribunal arbitral, le choix minutieux d'un siège pour la procédure arbitrale a pour finalité (ou doit viser) l'aboutissement de la procédure à une sentence arbitrale exécutoire et qui sera effectivement exécutée. Cela suppose de tout mettre en œuvre pour limiter l'effet des risques d'entraves diverses présentés ci-dessus, à défaut de pouvoir les éviter dans certains cas.

26. La solution idéale et la plus complète serait d'éviter de choisir le siège d'un tribunal arbitral sous l'égide de la CCJA en dehors du ressort territorial de celle-ci, c'est-à-dire en dehors des dix-sept États parties au Traité relatif à l'OHADA. Ce n'est pas parce que la fixation du siège en dehors de l'espace géographique de l'OHADA est conforme au droit positif de l'OHADA que c'est sans danger. Cette option devrait donc être proscrite dans les clauses de règlement des litiges lors de la rédaction des contrats si l'objectif est d'avoir une sentence arbitrale facilement exécutable dans l'espace OHADA sans trop de tracasseries.

27. Dans la même lignée, il serait vivement recommandable que la CCJA s'abstienne de fixer le siège d'un tribunal arbitral sous son égide en dehors du territoire de l'OHADA. Lorsqu'elle se retrouverait en présence d'une clause fixant le siège en dehors de son territoire, il serait souhaitable qu'à l'entame de la procédure arbitrale, la CCJA s'efforce d'obtenir des parties une renonciation au siège étranger et l'installation du siège dans le ressort territorial de l'OHADA.

28. Gardant à l'esprit la finalité d'une procédure arbitrale, comme indiqué au paragraphe n° 26 ci-dessus, la solution optimale serait d'essayer de déterminer à l'avance, lors de la signature d'un contrat comportant une clause compromissoire, l'endroit ou les endroits où une éventuelle sentence arbitrale serait susceptible d'être exécutée. Cela ne sera certes pas toujours possible, et pas pour toutes les parties ; mais cette précaution peut orienter le choix du siège d'une procédure arbitrale. Autrement, à quoi servirait-il d'avoir une sentence arbitrale rendue sous l'égide de la CCJA, annulée par celle-ci, mais qui aurait reçu l'exequatur en France si aucun bien saisissable ne se trouve en France et que tous les biens susceptibles d'être saisis en exécution de ladite sentence se trouvent dans un État partie à l'OHADA, dans la mesure où la décision d'exequatur rendue en France, sur le fondement de la sentence déjà annulée par la CCJA ne pourra de ce fait être exécutée dans aucun des dix-sept États parties à l'OHADA ? À l'inverse, à quoi servirait-il d'avoir une sentence exécutoire dans l'espace OHADA si ladite sentence se trouve être en contrariété avec l'ordre public international du pays dans lequel se trouveraient des biens saisissables ? Même s'il est parfois difficile de prévoir l'endroit où l'on aurait intérêt à faire exécuter une sentence arbitrale, il est au moins souhaitable, lorsque se pose la question du choix du siège d'un tribunal arbitral, de garder la question à l'esprit au moment du choix du siège.

29. Si malgré tout, les parties s'orientent vers le choix – à éviter si possible, comme évoqué ci-dessus – du siège à l'étranger, elles feraient bien de vérifier

d'avance s'il serait possible de déroger au droit applicable dans le for étranger envisagé en optant pour le Règlement d'arbitrage de la CCJA comme règle de procédure. Cette solution comporte aussi sa propre limite dans la mesure où nul ne pouvant prédire l'avenir, l'on n'est pas forcément à l'abri d'un éventuel changement de législation qui pourrait avoir pour conséquence d'empêcher une dérogation. Dans une telle hypothèse, qu'advierait-il de la clause qui à la date de sa signature mentionne un siège dans un for étranger qui admet la dérogation mais qui à la date de naissance du litige, n'est peut-être plus valide en raison d'un changement de législation rendant désormais impossible une telle dérogation, au cas où la nouvelle législation serait d'application immédiate ? **Cela nous ramène à la meilleure solution, qui serait d'éviter simplement de fixer les sièges en dehors de l'espace géographique de l'OHADA** et d'avoir à l'esprit le lieu potentiel d'exécution d'une sentence future lors du choix du siège du tribunal arbitral.

Conclusion

30. L'arbitrage sous l'égide de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA constitue un mode apprécié de règlement des litiges, avec plusieurs particularités intéressantes dont la plus remarquable est sans doute l'exequatur unique qui rend les sentences arbitrales qui en sont revêtues exécutoires dans tous les dix-sept États parties au Traité relatif à l'OHADA. Même si de temps en temps, il peut y avoir des « ratés » dans le système, ce n'est l'apanage ni de l'OHADA, ni de l'Afrique, dès lors que cela arrive également dans pratiquement tous les systèmes juridiques internationaux au fil du temps. S'il est vrai que les normes actuellement applicables à l'arbitrage CCJA n'exigent pas que le siège d'un tribunal soit fixé dans un État partie à l'OHADA, il n'en demeure pas moins que cette option est beaucoup plus risquée et qu'il est préférable pour les parties de fixer le siège du tribunal dans un État partie à l'OHADA, ce qui ne les empêche nullement de se ménager la possibilité de tenir des réunions et/ou des audiences en tout autre lieu que le siège.

31. Après avoir dit le droit, en affirmant l'absence d'obligation de fixer le siège dans l'espace géographique de l'OHADA pour que les sentences soient valides, il convient maintenant que la CCJA prenne la mesure des risques inhérents à cette option et donne l'exemple en s'abstenant, lorsque c'est possible, de fixer le siège des tribunaux arbitraux sous son égide en dehors du territoire de sa juridiction territoriale. À tout le moins, il serait souhaitable qu'en face de conventions d'arbitrage choisissant cette option, les formations restreintes ainsi que le Secrétariat général de la Cour s'efforcent, à l'entame des procédures d'arbitrage, d'attirer l'attention des parties sur ces risques en essayant d'obtenir d'elles (sans pression toutefois) de renoncer au siège à l'étranger et d'en choisir un autre dans sa juridiction territoriale. En tout état de cause, c'est au stade de la négociation et de la rédaction des clauses compromissaires qu'il faudrait se donner les moyens d'écarter ces risques en fixant le siège dans le ressort de la CCJA, tout en se donnant, si nécessaire, le moyen de pouvoir se réunir ailleurs sans avoir à déplacer le siège. Dans cette démarche, la responsabilité incombe principalement aux rédacteurs des clauses de règlement des différends dans les conventions.

Panorama de la jurisprudence de la cour commune de justice et d'arbitrage en droit de l'arbitrage : années 2021 et 2022

Darly-Aymar DJOFANG
Avocat au Barreau du Cameroun
Arbitre référencé au Centre de Médiation
et d'Arbitrage du GICAM (CMAG)
Arbitre référencé à la Cour d'Arbitrage du Togo (CATO)

RÉSUMÉ

La Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) a engendré une jurisprudence riche d'intérêt au cours des années 2021 et 2022, en particulier s'agissant des motifs d'annulation des sentences arbitrales et du mécanisme de saisine directe de la Cour institué en 2017.

La recevabilité des recours en annulation formés devant la CCJA à l'encontre des sentences arbitrales est encadrée par les articles 29 du Règlement d'arbitrage de la CCJA et 26 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage. Durant la période étudiée, trois motifs d'annulation ont été invoqués par les parties à l'appui de leur recours : la constitution irrégulière du tribunal arbitral, la contrariété de la sentence à l'ordre public international, et le non-respect, par le tribunal arbitral, de sa mission. Pour chacun de ces motifs, il faut saluer le travail de la CCJA, qui, même si l'on relève quelques décisions discutables, a fait œuvre de pertinence dans ses solutions.

L'article 27 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage adopté en 2017, qui instaure un mécanisme direct de la CCJA du recours en annulation en cas de carence des juridictions nationales compétentes pour statuer dans un délai de trois mois à compter de leur saisine, constitue une innovation majeure. C'est en 2021 que la CCJA a, pour la première fois, statué sur ce fondement et ainsi précisé que le dessaisissement des juridictions nationales se réalisait de plein droit, sans qu'il n'ait à être constaté par un acte juridictionnel formel. Par ailleurs, comblant la carence du législateur, la CCJA s'est prononcée sur le sort des décisions qui émaneraient des juridictions nationales alors même qu'elles seraient dessaisies conformément à l'article 27 de l'AUA : ces actes sont nuls et non avenue.

L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) a été créée afin d'instaurer la sécurité juridique et judiciaire au sein de ses États membres. Dans cette perspective, le Traité OHADA a accordé une place cardinale à l'arbitrage « *comme instrument de règlement des différends*

contractuels ». Pour permettre à l'organisation de réaliser ses missions, plusieurs institutions ont été mises en place, parmi lesquelles la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA).

La CCJA se positionne ainsi dans l'espace OHADA comme la juridiction chargée d'assurer l'harmonisation du droit uniforme, notamment le droit de l'arbitrage dans sa double fonction de juridiction de contrôle de la régularité des sentences arbitrales rendues sous l'égide de son Centre d'arbitrage, et de juridiction de contrôle des décisions de justice rendues par les juridictions nationales compétentes pour statuer sur le recours en annulation des sentences arbitrales internes¹.

Compte tenu de cette réalité, une doctrine autorisée s'interrogeait, à juste titre, sur la capacité de la CCJA à assumer ses missions arbitrale et juridictionnelle en toute indépendance². À l'épreuve des faits, la question, bien que pertinente, ne devrait plus se poser car, au fil du temps, la CCJA élabore une jurisprudence relativement abondante en matière d'arbitrage³, mais tout aussi riche d'éléments pédagogiques, même si l'on peut déplorer quelques errements. Du premier arrêt appliquant l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage (AUA) à nos jours, la CCJA a continuellement rendu des décisions qui permettent aujourd'hui de parler d'une jurisprudence OHADA en matière d'arbitrage⁴.

L'objet de la présente étude est de faire un compte rendu de la jurisprudence OHADA en matière d'arbitrage, notamment en présentant et en analysant les arrêts rendus par la CCJA statuant en matière d'arbitrage au cours des années 2021 et 2022. Le choix de cette période s'explique par le fait que la jurisprudence des années précédentes a déjà fait l'objet d'une large diffusion à travers, soit des articles de doctrine⁵, soit des notes de jurisprudences publiées dans certaines

1. A. FENEON, « Le recours en annulation après la réforme du droit OHADA du 23 novembre 2017 », *Penant* n° 904, 2018, pp. 315-344.

2. A. NGWANZA, « L'arbitrage OHADA à la croisée des chemins », in A. NGWANZA (dir.), *Vingt ans d'arbitrage OHADA : bilan et perspectives*, Actes du Colloque des 17 et 18 octobre 2019 organisé par la Conférence des Barreaux de l'Espace OHADA et JUS AFRICA, pp. 3-18 ; C. À ONDO MVE, « Les vingt ans d'indépendance juridictionnelle de la CCJA », in A. NGWANZA (dir.), *20 ans de Jurisprudence CCJA*, Acte du colloque organisé du 23 au 25 mars 2022 à Yaoundé par la Conférence des Barreaux de l'Espace OHADA et Jus AFRICA, éd. 2022, pp. 33-47.

3. A. NGWANZA, « L'essor de l'arbitrage international en Afrique sub-saharienne : Les apports de la CCJA », *Revue de l'ERSUMA*, n° 3, pp. 30-79.

4. A. NGWANZA, « Lueurs et leures de la jurisprudence CCJA », in A. NGWANZA (dir.), *20 ans de Jurisprudence CCJA*, Acte du colloque organisé du 23 au 25 mars 2022 à Yaoundé par la Conférence des Barreaux de l'Espace OHADA et Jus AFRICA, éd. 2022, pp. 15-31.

5. M. AKAKPO, « La protection de la convention d'arbitrage », in A. NGWANZA (dir.), *Vingt ans d'arbitrage OHADA : bilan et perspectives*, Actes du Colloque des 17 et 18 octobre 2019 organisé par la Conférence des Barreaux de l'Espace OHADA et JUS AFRICA, pp. 35-51 ; A. YAO, « Les États membres de l'OHADA dans l'arbitrage CCJA », in A. NGWANZA (dir.), *Vingt ans d'arbitrage OHADA : bilan et perspectives*, Actes du Colloque des 17 et 18 octobre 2019 organisé par la Conférence des Barreaux de l'Espace OHADA et Jus AFRICA, pp. 103-124 ; J. El AHDAB, « L'efficacité des sentences », in A. NGWANZA (dir.), *Vingt ans d'arbitrage OHADA : bilan et perspectives*, Actes du Colloque des 17 et 18 octobre 2019 organisé par la Conférence des Barreaux de l'Espace OHADA et Jus AFRICA, pp. 67-77 ; G.H. KAMA, « La double compétence de la CCJA à l'épreuve de la pratique », in A. NGWANZA (dir.), *Vingt ans d'arbitrage OHADA : bilan et perspectives*, Actes du Colloque des 17 et 18 octobre 2019 organisé par la Conférence des Barreaux de l'Espace OHADA et Jus AFRICA, pp. 81-101 ; D. N'DONINGAR, « Le juge arbitragiste de l'espace OHADA », in A. NGWANZA (dir.), *Vingt ans d'arbitrage OHADA : bilan et perspectives*, Actes du Colloque des 17 et 18 octobre 2019 organisé par la Conférence des Barreaux de l'Espace OHADA et Jus AFRICA, pp. 359-374.

revues locales⁶. Par ailleurs, les deux années choisies marquent le début d'une tâche que nous nous assignons : rendre régulièrement compte de la jurisprudence de la CCJA en matière d'arbitrage en vue de contribuer non seulement à la

6. P. LÉBOULANGER, note sous CCJA, arrêt n° 001/2002 du 10 janvier 2002 affaire Compagnie des Transports de Man (CTM) c/ Compagnie d'Assurances Colina S.A, Revue Camerounaise de l'arbitrage, n° 19, octobre-novembre-décembre 2002, pp. 10-19 ; A. FENON, note sous CCJA, arrêt n° 010/2003 du 19 juin 2003, affaire époux DELPECH c/ SOTACI, Revue Camerounaise de l'arbitrage, n° 28, janvier-février-mars 2005, pp. 17-25 ; G. KENFACK DOUAIJINI, note sous CCJA, arrêt n° 028/2007 du 19 juillet 2007, affaire Société NESTLE SAHEL c/ Société Commerciale d'Importation AZAR et SALAME dite SCIMAS et arrêt n° 029/2007 du 19 juillet 2007, affaire Société Ivoirienne de Raffinage dite SIR S.A c/ Bona Shipholding LTD et autres, Revue Camerounaise de l'arbitrage, n° 38, juillet-août-septembre 2007, pp. 9-19 ; G. KENFACK DOUAIJINI, note sous CCJA, arrêt n° 023/2004 du 17 juin 2004, affaire Parti Démocratique de Côte d'Ivoire dite PDCI-RDA c/ Société J & A International Compagnie Sarl, Revue Camerounaise de l'arbitrage, n° 41, avril-mai-juin 2008, pp. 23-25 ; G. KENFACK DOUAIJINI, note sous CCJA, arrêt n° 043/2008 du 17 juillet 2008, affaire DAM SARR c/ Mutuelle d'Assurance des Taxis Compteurs d'Abidjan dite MATCA, Revue Camerounaise de l'arbitrage, n° 42, juillet-août-septembre 2008, pp. 9-13 ; G. KENFACK DOUAIJINI, note sous CCJA, arrêt n° 044/2008 du 17 juillet 2008, affaire Société Africaine de Relations Commerciales et Industrielles dite SARCI Sarl c/ Atlantique Télécom S.A et Telecel Bénin S.A, Revue Camerounaise de l'arbitrage, n° 42, juillet-août-septembre 2008, pp. 14-20 ; G. KENFACK DOUAIJINI, note sous CCJA, arrêt n° 045/2008 du 17 juillet 2008, affaire Société Nationale pour la Promotion Agricole dite SONAPRA c/ Société des Huileries du Bénin dite SHB, Revue Camerounaise de l'arbitrage, n° 42, juillet-août-septembre 2008, pp. 21-30 ; S. BEBOHI EBONGO, note sous CCJA, arrêt n° 031/2009 du 30 avril 2009, affaire KIENDREBREGO RAYI Jean c/ Banque Internationale du Burkina dite BIH, Revue Camerounaise de l'arbitrage, n° 46, juillet-août-septembre 2009, pp. 18-26 ; G. KENFACK DOUAIJINI, note sous CCJA, arrêt n° 041/2010 du 10 juin 2010 et CCJA, arrêt n° 003/2011 du 31 janvier 2011, affaire ATLANTIQUE TELECOM c/ PLANOR AFRIQUE S.A et TELECEL FASO S.A Revue Camerounaise de l'arbitrage, n° 52, janvier-février-mars 2011, pp. 9-25 ; S. BEBOHI EBONGO, note sous arrêt n° 020/2013 du 18 avril 2013, affaire Société Inter-Africaine de Distribution dite IAD c/ Compagnie Malienne pour le Développement des Textiles dite CMDT et Groupement des Syndicats de Producteurs de Coton et viviers du Mali dite GSCVM, Revue Camerounaise de l'arbitrage, n° 62, juillet-août-septembre 2013, pp. 3-12 ; PH. ZANGUE, note sous CCJA, arrêt n° 039/2014 du 17 avril 2014, État du Mali c/ Société CFAO, Revue Camerounaise de l'arbitrage, n° 65, avril-mai-juin 2014, pp. 9-16 ; PH. ZANGUE, note sous CCJA, arrêt n° 098/2014 du 30 octobre 2014, affaire SCP PYRAMIDION c/ Agence des Travaux d'Infrastructures du Mali dite AGETIER-Mali, Revue Camerounaise de l'arbitrage, n° 67, octobre-novembre-décembre 2014, pp. 15-18 ; PH. ZANGUE, note sous CCJA, arrêt n° 099/2014 du 30 octobre 2014, affaire SGEFCO c/ CELTEL CONGO, Revue Camerounaise de l'arbitrage, n° 67, octobre-novembre-décembre 2014, pp. 19-27 ; PH. ZANGUE, note sous CCJA, arrêt n° 018/2015 du 2 avril 2015, Société United Bank (UBA) c/ Société Beneficial Life Insurance (BLI), Revue Camerounaise de l'arbitrage, n° 70, juillet-août-septembre 2015, pp. 9-16 ; S. BEBOHI et PH. ZANGUE, note sous CCJA, arrêt n° 103/2015 du 15 octobre 2015, affaire Société Bénin Control S.A c/ État du Bénin ; S. BEBOHI et PH. ZANGUE, note sous CCJA, arrêt n° 104/2015 du 15 octobre 2015, affaire État du Bénin c/ Société Commune de Participation et Patrice TALON, Revue Camerounaise de l'arbitrage, n° 71, octobre-novembre-décembre 2015, pp. 8-18 ; PH. ZANGUE, note sous CCJA, arrêt n° 069/2015 du 29 avril 2015, affaire La Société Bougainvilliers, La société Immobilière Thiam Banda, devenue société d'investissement Thiam Banda S.A, Les Héritiers c/ Monsieur Paul MOCHET, Revue Camerounaise de l'arbitrage, n° 72, janvier-février-mars 2016, pp. 19-27 ; note sous CCJA, arrêt n° 097/2015 du 23 juillet 2015, SODIMA devenue SANIA-Cie S.A c/ DRAMERA Mamadou, Revue Camerounaise de l'arbitrage, n° 73, avril-mai-juin 2016, pp. 14-18 ; PH. ZANGUE, note sous CCJA, arrêt n° 044/2016 du 18 mars 2016, affaire GNANKOU GOTH Philippe c/ Fonds d'Entretien Routier et Société ECOBANK Côte d'Ivoire, Revue Camerounaise de l'arbitrage, n° 75, octobre-novembre-décembre 2016, pp. 10-17 ; PH. ZANGUE, note sous CCJA, arrêt n° 034/2017 du 9 mars 2017, affaire Société LIBYA OIL TCHAD c/ Société GAMMA Sarl, Revue Camerounaise de l'arbitrage, n° 79, octobre-novembre-décembre 2017, pp. 11-13 ; PH. ZANGUE, note sous CCJA, arrêt n° 037/2017 du 9 mars 2017, affaire KOUASSI YAO Alexandre c/ Société ARMAJARO Côte d'Ivoire, Revue Camerounaise de l'arbitrage, n° 79, octobre-novembre-décembre 2017, pp. 14-19 ; PH. ZANGUE, note sous CCJA, arrêt n° 087/2018 du 12 avril 2018, affaire État du Niger et la SELARL GRAMOND-KERVERSAU c/ Société AFRICARD CO Limited, Revue Camerounaise de l'arbitrage,

diffusion de l'activité prétorienne de cette prestigieuse juridiction⁷, mais surtout au rayonnement de l'arbitrage dans l'espace OHADA comme instrument de sécurité judiciaire.

Sauf erreur ou omission de notre part, dans la période de janvier 2021 à décembre 2022, la CCJA a rendu une quinzaine d'arrêts en matière d'arbitrage, soit une dizaine d'arrêts au cours de l'année 2021 et cinq arrêts pour l'année 2022. Il s'agit des arrêts rendus aussi bien lorsqu'elle statue sur le recours en annulation contre les sentences arbitrales rendues sous l'égide de son Centre d'arbitrage, que lorsqu'elle intervient comme juridiction de cassation des décisions rendues par les juridictions nationales compétentes des États parties pour connaître du recours en annulation des sentences rendues dans un arbitrage *ad hoc* ou sous l'égide d'une institution arbitrale nationale. Les problèmes juridiques posés sont tous aussi variés que pertinents.

À l'analyse, certains arrêts règlent la question relative à l'effet négatif de la convention d'arbitrage qui postule l'incompétence des juridictions étatiques lorsque, par une clause compromissoire, les parties ont décidé de faire trancher leur litige par la voie de l'arbitrage. Par deux arrêts, dont l'un rendu en 2021⁸ et l'autre rendu en 2022⁹, la CCJA a jugé qu'« *en présence d'une convention d'arbitrage, la juridiction étatique doit se déclarer incompétente lorsque l'une des parties en fait la demande, ceci d'autant plus qu'il appartient au Tribunal arbitral d'apprécier l'existence, la validité et la portée de la convention d'arbitrage ; qu'il en résulte que l'appréciation de la portée de cette convention s'entend nécessairement aussi de l'appréciation de l'exception tirée de la clause arbitrale en cas de prolongation tacite du contrat* ».

Il faut néanmoins signaler que, dans une autre affaire connue en 2021, la CCJA devait statuer sur la question de savoir si la clause compromissoire rendait

n° 82, juillet-août-septembre 2018, pp. 21-27 ; PH. ZANGUE, note sous CCJA, arrêt n° 096/2018 du 26 avril 2018, Entreprise TECHNIFER GC c/ Société INJELEC Sarl, Revue Camerounaise de l'arbitrage, n° 84, janvier-février-mars 2019, pp. 13-21 ; PH. ZANGUE, note sous CCJA, arrêt 249/2019 du 7 novembre 2019, affaire Banque de Développement des Comores (BDC) c/ Société Négoce International de Commerce (NICOM), Revue Camerounaise de l'arbitrage, n° 86, juillet-août-septembre 2019, pp. 12-16 ; A. AWA, note sous CCJA, arrêt n° 012/2019 du 24 janvier 2019, affaire Société Générale Burkina-Faso c/ NARE Guibrina, Revue Camerounaise de l'arbitrage, n° 87, octobre-novembre-décembre 2019, pp. 16-25 ; PH. ZANGUE et A. AWA, note sous CCJA, arrêt 284/2019 du 28 novembre 2019, arrêt n° 293/2019 du 28 novembre 2019, arrêt n° 277/2019 du 28 novembre 2019, Revue Camerounaise de l'arbitrage, n° 88, janvier-février-mars 2020, pp. 13-26 ; A. AWA, note sous CCJA, arrêt n° 253/2019 du 7 novembre 2019, affaire Société VODACOM International Limited c/ Société CONGOLESE WIRELESS NETWORK Sarl, Revue Camerounaise de l'arbitrage, n° 89, avril-mai-juin 2020, pp. 11-16. Voir également : F. ANOUKAHA et R. MAFO DIFFO, revue de jurisprudence : Arbitrage et autres modes alternatifs de règlement des litiges – Cour commune de justice et d'arbitrage (2002-2008), JURIDIS Périodique, numéro 112, octobre-novembre-décembre 2017, pp. 126-133. Voir aussi : F. ANOUKAHA et R. MAFO DIFFO, revue de jurisprudence : Arbitrage et autres modes alternatifs de règlement des litiges- Cour commune de justice et d'arbitrage, JURIDIS Périodique, numéro 127, juillet-août-septembre 2021, pp. 67-73.

7. J. MBOSSO, « La jurisprudence et la diffusion du droit, facteurs de réussite de l'OHADA au service des justices nationales », Revue Camerounaise de l'arbitrage, n° 31, octobre-novembre-décembre 2005, pp. 3-9.

8. CCJA, arrêt n° 173/2021 du 28 novembre 2021, affaire Chantal LOEMBA c/ Établissement CARNAVAL CASINO, CHELALA Andréa Liliane, CHELALA DAOUD, CHELALA DAOUD Leila, CHELALA Joséphine et CHELALA épouse SHARHRBABAKI, inédit.

9. CCJA, arrêt n° 002/2022 du 20 janvier 2022, affaire Société BRASSERIE BB LOME S.A (dite BB LOME) c/ Société CTC-ADDRA "All Deal Driving Real Negoce Arrangement" dite CTC-ADDRA, inédit.

incompétent le juge judiciaire même pour connaître des mesures conservatoires et provisoires. La Cour répond par la négative, en jugeant que « *selon l'alinéa 4 de l'article 13 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage "l'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle à ce qu'à la demande d'une partie, une juridiction étatique, en cas d'urgence reconnue et motivée, ordonne des mesures provisoires ou conservatoires dès lors que ces mesures n'impliquent pas un examen du différend au fond pour lequel seul le tribunal arbitral est compétent", qu'en désignant un administrateur provisoire, la décision déferée ne viole en rien le texte visé par le moyen* »¹⁰.

Au cours de l'année 2021, la Cour a connu de deux affaires qui posaient le problème de l'applicabilité de l'Acte uniforme OHADA relatif au droit de l'arbitrage. L'une posait le problème de l'application de l'AUA du 23 novembre 2017 aux procédures d'arbitrage commencées avant son entrée en vigueur, tandis que l'autre posait le problème de son application à la procédure d'exequatur d'une sentence arbitrale étrangère. S'agissant de l'application dans le temps de l'AUA du 23 novembre 2017, la CCJA décide que ce texte n'est pas applicable aux procédures arbitrales commencées avant son entrée en vigueur¹¹. Ainsi, le mécanisme de saisine directe de la CCJA d'un recours en annulation de sentence arbitrale rendue dans un État partie, en cas de défaillance de la juridiction nationale compétente, instauré par l'article 27 de l'AUA adopté le 23 novembre 2017, n'est applicable qu'aux procédures arbitrales entamées après son entrée en vigueur.

En ce qui concerne l'application de l'AUA à la procédure d'exequatur d'une sentence arbitrale rendue à l'étranger sous l'égide d'un Centre d'arbitrage étranger, la CCJA a jugé que « *la sentence dont l'exequatur est sollicité à Dakar au Sénégal a été rendue à Londres en Angleterre sous l'égide de la GAFTA ; que ces deux États sont tous membres de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de New York du 10 juin 1958 dont l'article 3 prévoit que chacun des États contractants reconnaîtra l'autorité d'une sentence arbitrale et accordera l'exécution de cette sentence conformément aux règles de procédures suivies dans le territoire où la sentence est invoquée... ; qu'il ressort des dispositions combinées de cet article et de celles de l'article 34 susvisé de l'Acte uniforme précité que cet Acte uniforme n'est pas applicable au Sénégal à la sentence arbitrale rendue en Angleterre* »¹².

Les solutions juridiques retenues par la Cour dans ces deux arrêts n'appellent de notre part aucun commentaire particulier car elles sont conformes au droit positif en vigueur et répondent, pour l'ensemble, à des questions régulièrement

10. CCJA, arrêt n° 097/2021 du 27 mai 2021, affaire AFRICARAIL S.A, Monsieur Michel BOSIO c/ État du Bénin, État du Burkina Faso, État du Niger, État du Togo, inédit. Pour une étude doctrinale sur la question dans l'espace OHADA, Voir F.-X. MBONO, « L'intervention du juge étatique dans l'instance arbitrale », in A. NGWANZA (dir.), *Vingt ans d'arbitrage OHADA : bilan et perspectives*, Actes du Colloque des 17 et 18 octobre 2019 organisé par la Conférence des Barreaux de l'Espace OHADA et JUS AFRICA, pp. 53-65 ; voir également : M. W. BÜHLER et A.-S. GIDJOIN, « Le défi de la complémentarité entre le juge et l'arbitre dans l'espace OHADA », *Penant* n° 904, pp. 275-295.

11. CCJA, arrêt n° 110/2021 du 3 juin 2021, affaire Société ORABANK Côte d'Ivoire c/ Société ECOGIF Distribution Sarl et Société EXPERTIS S.A, inédit.

12. CCJA, arrêt n° 135/2021 du 24 juin 2021, affaire ASCOT COMMODITIES c/ Monsieur Bocar Samba DIEW, inédit.

soumises à la CCJA en matière d'arbitrage¹³. C'est pourquoi, il nous a semblé utile de les évacuer préalablement pour nous consacrer à l'appréciation de la dizaine d'arrêts qui pose des problématiques plus pertinentes. À la lecture de ces arrêts, trois motifs de nullité sont fréquemment invoqués à l'appui du recours en annulation contre la sentence arbitrale : l'irrégularité de la constitution du tribunal arbitral, la violation de l'ordre public international et le non-respect par le tribunal arbitral de sa mission. Il faut relever que trois arrêts se prononcent clairement sur le mécanisme de saisine directe de la CCJA d'un recours en annulation de la sentence arbitrale rendue dans l'État partie en cas de défaillance de la juridiction nationale compétente. En synthétisant, la présente étude pourrait être axée autour de deux points saillants : les moyens d'annulation régulièrement invoqués par les parties (I) et le mécanisme de saisine directe de la CCJA du recours en annulation en cas de défaillance de la juridiction nationale compétente (II).

I. – Les motifs d'annulation invoqués à l'appui du recours en annulation

Dans le système d'arbitrage OHADA, le recours en annulation est la voie de recours ordinaire contre la sentence arbitrale¹⁴. Il est institué par l'article 25 de l'AUA qui énonce que « [l]a sentence arbitrale n'est pas susceptible d'opposition, d'appel, ni de pourvoi en cassation. Elle peut faire l'objet d'un recours en annulation qui doit être porté devant la juridiction compétente dans l'État Partie... ». Dans le Règlement d'arbitrage de la CCJA, c'est l'article 29 qui consacre le recours en annulation en prenant le soin d'énumérer les motifs d'annulation qui sont identiques à ceux énumérés par l'article 26 de l'AUA. Dans l'ensemble, le recours en annulation n'est recevable que :

- si le tribunal arbitral a statué sans convention d'arbitrage ou sur une convention nulle ou expirée ;
- si le tribunal arbitral a été irrégulièrement composé ou l'arbitre unique irrégulièrement désigné ;
- si le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui a été confiée ;
- si le principe du contradictoire n'a pas été respecté ;
- si la sentence arbitrale est contraire à l'ordre public international ;
- si la sentence arbitrale est dépourvue de toute motivation.

13. Sur le terrain de l'incompétence des juridictions étatiques en présence d'une convention d'arbitrage, la CCJA avait déjà fait ses preuves en se montrant *favor arbitri*, notamment par ses premiers arrêts : CCJA, arrêt n° 12, 24 février 2005, société de manufacture de Côte d'Ivoire dite MACACI c/ May Jean Pierre, Recueil de Jurisprudence de la CCJA n° 5, janvier-juin 2005, volume 2, p. 27 ; CCJA, arrêt n° 020/2008, 24 avril 2008, Sow Yérim Abib c/ Ibrahim Souleymane AKA et Koffi Sahouot Cédric, Actualités Juridiques n° 63, p. 147, note F. Komoin ; CCJA, arrêt n° 043/2008, 17 juillet 2008, Dam Sarr c/ Mutuelle d'Assurance des Taxis Compteurs d'Abidjan dite MATCA, inédit.

14. A. FENEON, « Le recours en annulation après la réforme du droit OHADA du 23 novembre 2017 », *Penant* n° 904, *op. cit.*

La lecture des arrêts recensés pour la période considérée laisse entrevoir que trois motifs d'annulation ont été invoqués à l'appui du recours en annulation par les parties : l'irrégularité de constitution du tribunal arbitral, la contrariété de la sentence arbitrale à l'ordre public international et le non-respect par le tribunal arbitral de sa mission.

A. Sur la constitution irrégulière du tribunal arbitral

Un tribunal arbitral est essentiellement éphémère. Il est constitué spécialement pour un litige déterminé et les règles régissant l'arbitrage exigent que la constitution du tribunal arbitral reflète l'expression de la volonté des parties. Dans son activité juridictionnelle au cours de la période considérée, la CCJA a rendu quatre arrêts dans lesquels le motif d'annulation soutenu par la partie saisissante est l'irrégularité de constitution du tribunal arbitral. Parmi ces arrêts, trois sont relatifs au recours en annulation contre les sentences arbitrales rendues sous l'égide des institutions d'arbitrage de l'espace OHADA (l'arrêt n° 214/2021 du 23 décembre 2021 ; l'arrêt n° 104/2022 du 23 juin 2022 ; l'arrêt n° 199/2022 du 29 décembre 2022), tandis qu'un seul émane d'un arbitrage *ad hoc* (l'arrêt n° 063/2021 du 8 avril 2021).

Dans l'arrêt n° 063/2021 rendu le 8 avril 2021 dans l'affaire opposant *Monsieur Marc ORPHANIDES à Monsieur Alkarim ALNOOR JAMAL*, l'annulation de la sentence arbitrale rendue le 22 décembre 2017 dans le cadre d'un arbitrage *ad hoc* est sollicitée au motif de l'irrégularité de la constitution du tribunal arbitral. En effet, la partie perdante dans la procédure arbitrale fait grief à la sentence arbitrale d'avoir été rendue par un tribunal arbitral composé d'un arbitre unique désigné par la juridiction étatique au lieu de laisser la possibilité aux parties d'en désigner trois. L'argument prospère devant la cour d'appel de Kinshasa/Gombe, qui annule dans toutes ses dispositions la sentence arbitrale entreprise. L'arrêt d'appel est déféré devant la CCJA qui, examinant ce motif tiré de l'irrégularité de la constitution du tribunal arbitral, le juge mal fondé : *« attendu que s'agissant de la désignation d'un arbitre unique, elle ne saurait être reprochée à la demanderesse, en l'absence d'une volonté contraire des parties, dès lors qu'il fallait faire face à l'inertie de la défenderesse ; que c'est à bon droit qu'a été prise l'ordonnance du 4 novembre 2016 désignant Maître Laurent Okitonembo comme arbitre unique pour connaître du litige ; qu'il ne saurait être davantage reproché au juge d'appui d'avoir rapporté une ordonnance tendant à désigner un second arbitre, alors même que la procédure d'arbitrage était déjà mise en œuvre depuis son ordonnance de désignation de l'arbitre unique »*.

Dans cette affaire, il est également reproché à la sentence arbitrale entreprise la violation de l'article 7 de l'AUA, en ce que l'arbitre a statué en dépit de sa récusation par l'une des parties. Rappelant les dispositions de l'article 7 de l'AUA, qui énoncent qu'*« en cas de litige, et si les parties n'ont pas réglé la procédure de récusation, le juge compétent dans l'État partie statue sur la récusation. Sa décision n'est susceptible d'aucun recours »*, la CCJA tire les conséquences en jugeant qu'*« au-delà de ce que l'arbitre contesté a été désigné par le juge d'appui, il ne ressort des éléments du dossier aucune procédure régulière de récusation dudit arbitre devant la juridiction compétente ; que des simples correspondances adressées au conseil de la partie demanderesse par celui de la partie défenderesse*

ne sauraient être considérées comme constitutives d'une procédure de récusation régulière, ce d'autant qu'au reçu desdites correspondances, l'arbitre désigné a sursis à statuer sur le fond de la procédure, en attendant éventuellement une décision du juge qui serait régulièrement saisi ».

Pour prévenir tout risque de dépendance ou de partialité du tribunal arbitral avant que la sentence ne soit rendue, les parties peuvent récuser l'arbitre¹⁵ suivant une procédure prévue à cet effet par l'AUA ou le Règlement d'arbitrage de la CCJA. Dans le cadre d'un arbitrage *ad hoc*, la partie demanderesse saisit le juge d'appui par une requête aux fins de récusation, tandis que, dans l'arbitrage institutionnel, la demande aux fins de récusation est introduite par envoi au Secrétariat Général du Centre d'arbitrage d'une déclaration précisant les faits et circonstances sur lesquels est fondée cette demande¹⁶. La récusation ne saurait donc résulter de simples correspondances adressées au conseil de la partie adverse par le conseil de la partie qui remet en cause l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre, ou encore se réduire à de simples réserves que les conseils émettent sur la désignation d'un arbitre¹⁷.

Le même problème s'est également posé dans l'arrêt n° 104/2022 rendu le 23 juin 2022¹⁸. Un litige survient entre les deux parties au sujet de la résiliation d'un contrat de services portant sur la fourniture de travaux de génie civil et de service de soutien à la mine souterraine. En vertu de la convention d'arbitrage insérée dans le contrat, les parties introduisent un arbitrage sous l'égide du Centre

15. La récusation est l'expression par une partie, selon la procédure prévue à cet effet, du refus pour un motif légitime de voir un juge composer le tribunal appelé à statuer sur une affaire. La procédure de la récusation s'impose dans l'arbitrage. Comme l'énonce la cour d'appel de Paris, « les arbitres étant les juges du litige qui leur est déféré, l'indépendance d'esprit indispensable à l'exercice d'un pouvoir juridictionnel, quelle qu'en soit la source, est l'une des qualités essentielles des arbitres, les soumettant aux mêmes causes de récusation que les membres des juridictions étatiques » (CA Paris, 8 mai 1970 : D 1970, p. 635, note J. Robert, cité par E. LOQUIN, Arbitrage, L'arbitre, JurisClasseur Procédure Civile, LexisNexis, 2013, fasc. 1800-35).

16. Article 4.2 Paragraphe 1 du Règlement d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage. D'après le 3^e Paragraphe de cet article, c'est la Cour qui statue sur la recevabilité et le bien-fondé de la demande de récusation après que le Secrétaire Général a mis l'arbitre concerné, les parties et les autres membres du tribunal arbitral s'il y en a, en mesure de présenter leurs observations par écrit dans un délai approprié.

17. C'est le problème qui s'est posé dans l'affaire *International Business Corporation c/ SNH et personnel SNH* (Paris, 25 févr. 2020, *International Business Corporation*, n° 16/22740). L'intérêt de l'arrêt porte sur la récusation – ou plutôt l'absence de récusation – d'un des arbitres. Le 28 août 2012, la SNH et son personnel ont désigné comme arbitre un « fonctionnaire camerounais au service de l'État du Cameroun ». Or, la SNH est « un démembrement extrêmement puissant » de l'État du Cameroun. En conséquence, les demandeurs ont écrit au secrétariat général de la CCJA pour s'opposer à la désignation de l'arbitre. Par la suite, le secrétariat général de la CCJA a informé l'arbitre de sa désignation par les défendeurs au recours ainsi que de l'opposition des demandeurs au recours à sa confirmation. Il a invité l'arbitre, conformément à l'article 4.1 du Règlement d'arbitrage, à notifier à la Cour son acceptation et lui faire connaître, le cas échéant, les faits ou circonstances susceptibles de mettre en cause son indépendance dans l'esprit des parties. L'arbitre a transmis à la CCJA sa déclaration d'acceptation et d'indépendance et a été confirmé dans ses fonctions. À la suite de cette confirmation, les demandeurs n'ont pas formé de demande en récusation. La sanction de la cour d'appel de Paris est immédiate. Conformément à une jurisprudence désormais bien établie, l'absence de demande de récusation caractérise une renonciation, au sens de l'article 1466 du Code de procédure civile. À défaut de réaction, la partie est irrecevable à se prévaloir du grief devant le juge du recours.

18. CCJA, arrêt n° 104/2021 du 23 juin 2022, Affaire Entreprise MUKONKI MULIMI Sarlu c/ Société KAMOTO COPPER COMPANY S.A.

d'arbitrage de la CCJA et le tribunal arbitral rend une sentence arbitrale partielle le 24 juillet 2019.

L'entreprise MUKONKI MULIMI Sarlu (EMM) introduit un recours en annulation de la sentence arbitrale devant la CCJA. Elle reproche à la sentence d'avoir été rendue par un tribunal arbitral irrégulièrement constitué, en ce que ce tribunal a statué nonobstant la récusation de l'arbitre CAPRASSE sollicitée par son conseil par mail adressé au Secrétaire Général du Centre d'arbitrage. Examinant les éléments du dossier, la CCJA constate que non seulement le conseil de EMM Sarlu reconnaît, dans un échange de mails avec le Secrétaire Général du Centre, que le mail adressé à son intention relativement à la récusation de l'arbitre ne lui est jamais parvenu, mais aussi et surtout que EMM ne parvient pas à l'édifier sur sa saisine par requête aux fins de récusation dans la forme légale. La CCJA en tire donc les conséquences en jugeant qu'« ainsi, EMM qui, ni avant ni après la nomination ou la confirmation de Monsieur CAPRASSE en qualité d'arbitre, n'a introduit aucune demande de récusation et qui de surcroît a signé le procès-verbal constatant l'objet de l'arbitrage et fixant le déroulement de la procédure d'arbitrage prévu à l'article 15 du Règlement d'arbitrage, est mal venue maintenant à invoquer l'irrégularité de la composition du tribunal arbitral, ceci d'autant plus qu'elle ne justifie pas en quoi le fait pour l'arbitre d'avoir, par le passé, était désigné en cette qualité dans une cause impliquant l'actionnaire de son adversaire, est de nature à entamer l'indépendance et l'impartialité dudit arbitre ; qu'il y a lieu de rejeter ce motif d'annulation de la sentence ».

L'affaire *Établissements ENACAM contre Société Générale Cameroun et Centre de Médiation et d'arbitrage du Groupement Inter-patronal du Cameroun (GICAM)*, objet de l'arrêt n° 214/2021 rendu le 23 décembre 2021, a donné l'occasion à la CCJA de réitérer le rôle primordial de la volonté des parties dans la constitution du tribunal arbitral.

Les faits sont des plus simples. Les parties sont liées par une clause compromissoire qui prévoit un arbitrage sous l'égide du Centre de Médiation et d'arbitrage du GICAM (CMAG) dans lequel le tribunal arbitral sera composé d'un arbitre unique. Le litige survient, et une demande d'arbitrage est introduite par la Société Générale Cameroun contre l'Établissement ENACAM. Les parties ne s'entendent pas sur l'arbitre unique à désigner pour régler leur différend. Conformément aux dispositions de l'article 9.1 du Règlement d'arbitrage du CMAG, le Centre doit se substituer aux parties pour désigner l'arbitre unique. Au lieu de procéder à cette désignation, le Centre constitue plutôt un tribunal arbitral collégial composé de trois arbitres qui statuent et rendent une sentence arbitrale le 19 mai 2020. Établissement ENACAM saisit la cour d'appel du Littoral d'un recours en annulation pour le motif de constitution irrégulière du tribunal arbitral. La cour d'appel traîne à statuer dans le délai légal de trois mois imparti. Le recours est porté devant la CCJA qui annule la sentence arbitrale pour constitution irrégulière du tribunal arbitral dans une motivation assez pertinente : « dès lors que les parties sont convenues que le différend sera tranché par un arbitre unique, comme c'est le cas en l'espèce, le Centre ne peut recourir, comme il l'a fait, aux dispositions de l'article 9.3 du Règlement susvisé, lesquelles ne s'appliquent que lorsque les parties n'ont pas elles-mêmes fixé d'un commun accord le nombre des arbitres pour trancher leur différend ; que de par les dispositions de l'article 9.1 du Règlement d'arbitrage du GICAM susvisé, en cas de non désignation

consensuelle de l'arbitre unique par les parties, la seule faculté reconnue au Centre est de nommer lui-même ledit arbitre... ; que c'est donc en violation des dispositions des articles 5 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage et 9.1 du Règlement d'arbitrage du GICAM que le Centre a imposé un collège d'arbitres nonobstant l'accord des parties de voir leur litige tranché par un arbitre unique ; qu'en le faisant, il a irrégulièrement constitué le tribunal arbitral ».

Cet arrêt rappelle le principe qui veut que la constitution du tribunal arbitral se fasse selon les modalités convenues entre les parties. L'article 6 de l'AUA prévoit les modalités de désignation des arbitres qui ne s'appliquent qu'en l'absence d'accord des parties. Il y a ici mis en œuvre de la liberté contractuelle dont le consentement à l'arbitrage¹⁹ est le corollaire. Cette liberté s'exerce pleinement dans le domaine de l'arbitrage *ad hoc* où les parties ont, en principe, toute la latitude pour façonner les modes de désignation des arbitres. Dans l'arbitrage institutionnel, c'est le règlement d'arbitrage, choisi par les parties, qui va régler la question. Ce n'est qu'en l'absence de modalités issues de la convention d'arbitrage que les textes prévoient les règles, par essences supplétives de volonté. Et même l'application subsidiaire du règlement d'arbitrage doit se faire dans le strict respect de la volonté des parties. Ainsi, lorsque les parties conviennent, dans la convention d'arbitrage, que leur différend sera tranché par un tribunal arbitral composé d'un arbitre unique, l'intervention subsidiaire du juge d'appui ou du centre d'arbitrage doit se limiter à désigner cet arbitre unique à défaut d'accord consensuel des parties, et non à instituer un tribunal arbitral collégial. La volonté des parties est sacrée en arbitrage.

Dans l'affaire précitée, la clause compromissoire stipulait que le tribunal arbitral serait constitué d'un arbitre unique. Le rôle du CMAG devait tout simplement consister à désigner cet arbitre unique en lieu et place des deux parties qui ne parvenaient à s'accorder sur ce sujet. Malheureusement, le CMAG a procédé autrement en instituant un tribunal arbitral collégial. C'est ce qui a motivé l'annulation de la sentence arbitrale rendue par ce tribunal. Cette situation interpelle sur la responsabilité de l'institution d'arbitrage lorsque l'annulation de la sentence arbitrale est fondée sur un fait qui lui est imputable.

Il est évident que la régularité de la composition du tribunal arbitral, au sens des articles 26 de l'AUA et 29 du Règlement d'arbitrage de la CCJA doit s'apprécier non seulement au regard de la procédure de sa constitution, qui doit se conformer aux dispositions de l'AUA et du Règlement d'arbitrage de la CCJA, mais aussi des critères d'impartialité et d'indépendance du ou des arbitres qui le composent ; l'inobservation de ces critères pouvant entraîner l'annulation de la sentence arbitrale.

C'est le cas dans l'affaire ayant opposé *la Société Fontaine à Bière (FAB) à la Société Anonyme des Brasseries du Cameroun (SABC)*, objet de l'arrêt n° 199/2022 rendu le 29 décembre 2022 par la CCJA statuant en assemblée plénière. Il en ressort qu'un litige est survenu entre les parties relativement à l'exécution d'un contrat d'approvisionnement qui contient une clause compromissoire stipulant un arbitrage sous l'égide du Centre de Médiation et d'arbitrage du GICAM. Aux

19. C. PANOU, Le consentement à l'arbitrage. Étude méthodologique du droit international privé de l'arbitrage, IRIS éditions, 2011, 341 p.

fins de règlement de ce différend, la SABC introduit une demande d'arbitrage. La Fontaine à Bière refuse de participer à l'arbitrage au motif que l'étape préalable de conciliation prévue dans la clause de règlement de différend n'a pas été observée. Malgré le défaut de la société Fontaine à Bière, un tribunal arbitral collégial est constitué par le Centre et une sentence arbitrale est rendue le 21 juillet 2021. La société Fontaine à Bière qui n'a pas participé à la procédure d'arbitrage, mais qui est condamnée au paiement de sommes d'argent, introduit un recours en annulation devant la cour d'appel du Littoral qui ne statue pas dans le délai de trois mois imparti. Le recours est porté devant la CCJA qui annule la sentence arbitrale pour constitution irrégulière du tribunal arbitral au motif que l'un des arbitres a fait une déclaration d'indépendance et d'impartialité insuffisante qu'il n'a complétée que neuf mois après sa prise de fonction d'arbitre et quatre jours après la clôture définitive des débats et la mise en délibéré du dossier.

La motivation de la Cour mérite d'être reprise avant tout débat sur sa pertinence : *« qu'en l'espèce, il ressort des pièces de la procédure que l'arbitre EBE-EVINA a été désigné d'office par le Centre d'arbitrage GICAM, le 8 septembre 2020, à la suite du refus de la société FAB qui s'est abstenue, dès le départ, de participer à cet arbitrage sous l'égide du GICAM, en raison du non-respect des étapes préalables de négociation et de conciliation prévues par la clause compromissoire ; que cet arbitre a fait sa déclaration d'indépendance et d'impartialité le 11 septembre 2020, en omettant de révéler ses précédents liens de collaboration avec le Directeur Général de la SABC, partie demanderesse, et par ailleurs 2^d vice-président du GICAM, avec qui il avait siégé au Conseil Exécutif du GICAM et coanimé, en septembre 2018, une table ronde sur le climat des affaires au Cameroun ; que l'article 14 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage ne peut être opposé au demandeur de l'annulation de la sentence que si ces faits reprochés à l'arbitre étaient portés à sa connaissance dès le début de la procédure arbitrale, conformément à l'article 7, alinéa 4 dudit Acte uniforme, repris par l'article 10.1 du Règlement d'arbitrage du Centre du GICAM, qui énonce que "tout arbitre pressenti informe les parties de toute circonstance de nature à créer dans leur esprit un doute légitime sur son indépendance et son impartialité et ne peut accepter sa mission qu'avec leur accord unanime et écrit" ; qu'or, en l'occurrence, c'est en date du 11 juin 2021, soit neuf (9) mois après sa prise de fonction d'arbitre et quatre (4) jours après la clôture définitive des débats et la mise en délibéré du dossier intervenues le 7 juin 2021, que l'arbitre EBE-EVINA a, dans une "déclaration complémentaire" laconique, reconnu avoir occupé la fonction de Président de la "Commission Amélioration Environnement des Affaires" du GICAM, ce en violation des article 7 de l'Acte uniforme et 10.1 du Règlement du Centre d'arbitrage suscités ; que, dans ces circonstances, qu'il s'ensuit qu'un tribunal arbitral, sur lequel subsiste un doute légitime sur l'indépendance et l'impartialité de son membre, est irrégulièrement constitué ; qu'il échet, par conséquent, d'annuler la sentence arbitrale rendue le 21 juillet 2021 par ledit tribunal ».*

Le raisonnement de la CCJA dans cette affaire est suffisamment exhaustif, mais discutable. Il est reproché à l'arbitre EBE-EVINA d'avoir fait une déclaration d'indépendance et d'impartialité incomplète à l'origine de la procédure arbitrale qu'il n'a complétée qu'à l'issue de ladite procédure en faisant des révélations laconiques qui font subsister un doute légitime sur son indépendance et son

impartialité. Certes, l'arbitre est tenu d'un devoir d'indépendance et d'impartialité, donc le moyen préventif de contrôle réside dans l'obligation de révélation qui lui impose de « *révéler toute circonstance de nature à affecter son jugement et à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable sur ses qualités d'impartialité et d'indépendance* ». Mais la question centrale est dans tous les cas la suivante : que révéler ? Jusqu'où aller dans la révélation des faits ? Aucune disposition de l'AUA et encore moins du Règlement d'arbitrage de la CCJA ne répond à ces interrogations. Néanmoins, la jurisprudence française en matière d'arbitrage en donne une esquisse de réponse en posant les critères d'application de cette obligation de révélation. Selon cette jurisprudence, « *l'obligation de révélation qui pèse sur l'arbitre doit s'apprécier au regard de la notoriété de la situation critiquée, de son lien avec le litige et de son incidence sur le jugement de l'arbitre* »²⁰. Il se dégage deux critères principaux : l'absence de notoriété de la situation critiquée et son incidence « raisonnablement prévisible » sur le jugement de l'arbitre. Ces critères permettent de guider utilement la détermination de l'étendue des faits à révéler. Il est acquis qu'un arbitre n'a pas l'obligation de révéler un fait de notoriété publique, même si la notoriété d'un fait est susceptible de donner lieu à débat. Néanmoins, c'est par rapport à une notoriété normale ou acceptable que le critère doit s'apprécier. Il convient de vérifier que le fait non révélé était ou devait être notoirement connu d'une personne normalement informée. Dans le cas d'espèce, les faits pour l'arbitre EBE-EVINA d'être membre du Conseil Exécutif du GICAM et Président de la Commission « Amélioration Environnement des Affaires » du même GICAM nous semblent d'une notoriété évidente de sorte que leur non révélation ou leur révélation dans une déclaration complémentaire même tardive ne saurait justifier l'annulation de la sentence arbitrale pour constitution irrégulière du tribunal arbitral. En effet, le GICAM est un regroupement patronal dont l'organigramme et les activités sont publiés sur son site internet accessible, en permanence, à tout public. La liste des membres du Conseil Exécutif du GICAM est publiée sur le site internet de cette institution de sorte toute personne y a accès. L'accessibilité de ces informations leur confère le statut d'informations notoires dont la découverte est tributaire de la simple curiosité des parties à l'arbitrage. L'arbitre EBE-EVINA avait-il impérativement l'obligation de révéler ces faits notoires ? À notre avis, pas vraiment.

Par ailleurs, une lacune dans la révélation de l'arbitre n'entraîne pas l'annulation automatique de la sentence. La jurisprudence française adhère à cette solution à travers une formule on ne peut plus claire : « *Il convient de rappeler que la non-révélation par l'arbitre d'informations ne suffit pas à constituer un défaut d'indépendance ou d'impartialité. Encore faut-il que ces éléments soient de nature à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable quant à l'impartialité et à l'indépendance de l'arbitre, l'appréciation devant être faite sur des bases objectives et en tenant compte des spécificités de l'espèce* »²¹. Ainsi, la sentence

20. Paris, 18 mai 2013, n° 11/17672, D. 2013. 2936, obs. T. Clay ; JCP 2013. Doctr. 1391, obs. J. Ortscheidt ; 1^{er} avr. 2014, n° 12/15479 ; 14 octobre 2014, n° 13/13459, D. 2014. 2541, obs. T. Clay ; Newsletter du CMAP, novembre 2014, p. 10, obs. L. Jandard ; Cah. arb. 2014. 795, note D. Cohen ; Rev. arb. 2015. 151, note M. Henry ; 18 décembre 2018, n° 16/26009, Dalloz actualité, 29 janvier 2019, obs. J. Jourdan-Marques ; Gaz. Pal. 2019, n° 11, p. 41, obs. D. Bensaude.

21. Paris, 12 janvier 1996 : Rev. arb. 1996, p. 428, note Philippe FOUCHARD, cité par E. LOQUIN, Arbitrage, L'arbitre, JurisClasseur Procédure Civile, LexisNexis, 2013, fasc. 1800-35.

n'est annulée qu'à condition que le fait révélé soit de nature à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable quant à l'impartialité et à l'indépendance de l'arbitre. Dans notre espèce, en quoi le fait de savoir que l'arbitre EBE-EVINA a été membre du Conseil exécutif du GICAM, dont le Directeur Général de la SABC est vice-président, peut-il être de nature à provoquer un doute raisonnable quant à l'impartialité et l'indépendance de cet arbitre ? Il faut bien remarquer que l'affaire opposait la Société Anonyme des Brasseries du Cameroun à la société FAB et non Monsieur le Directeur Général de la SABC à la société FAB. Le reproche que l'on peut formuler à l'endroit de cet arbitre est de s'être abstenu de révéler ces faits lors de sa déclaration préliminaire d'indépendance et d'impartialité, pour n'en faire cas qu'à la clôture de l'instance arbitrale. C'est certainement la tardiveté de la révélation que la CCJA sanctionne, étant donné que les faits révélés par cet arbitre étaient bien connus de lui et n'ont pas surgi en cours d'arbitrage pour justifier la déclaration complémentaire.

La Cour aurait dû parfaire sa démarche en s'interrogeant préalablement sur la nature véritable des faits révélés postérieurement par cet arbitre par référence à leur notoriété ou pas, avant de tirer les conséquences de leur révélation tardive. Néanmoins, il faut reconnaître que la Cour n'aurait examiné l'affaire sous cet angle que si elle y avait été invitée par les conseils de la SABC dans leur mémoire en réponse et en duplique. Ceux-ci ont plutôt opté pour fonder leur défense sur l'article 14 de l'AUA qui dispose que « *la partie qui, en connaissance de cause, s'abstient d'invoquer sans délai une irrégularité et poursuit l'arbitrage, est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir* ». Cet argument pouvait difficilement emporter la conviction de la haute juridiction pour la simple raison que, la FAB n'ayant pas participé à la procédure arbitrale, elle ne peut être considérée comme avoir renoncé à se prévaloir d'un vice qui entache la procédure. Cependant, il reste tout de même gênant qu'un plaideur s'abstient de participer à la procédure d'arbitrage mais vienne par la suite solliciter l'annulation de la sentence sur le fondement d'un motif dont le moyen qui le caractérise aurait pu être soulevé, examiné et vidé dans le cadre du processus de constitution du tribunal arbitral. Avec la sentence arbitrale annulée, les parties se retrouvent au *statu quo ante*. *Quid* des dépenses engagées (frais d'arbitrage, honoraires de conseils et autres) dans le cadre de la précédente procédure d'arbitrage ?

La violation de l'ordre public international est également toujours invoquée par les parties à l'appui du recours en annulation.

B. Sur la contrariété à l'ordre public international

La doctrine fait remarquer la rareté des annulations de sentences arbitrales prononcées effectivement pour contrariété à l'ordre public international²². Cette observation, fondée sur l'environnement juridique français, vaut également dans l'espace OHADA. Une lecture attentive des arrêts rendus par la CCJA statuant en matière d'arbitrage permet de relever que la violation de l'ordre public international est fréquemment, voire toujours invoquée par les plaideurs au soutien de leur recours en annulation. Seulement, le motif ne prospère pas toujours, même si l'on

22. J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, Thémis, PUF, 1^{re} édition, 2016, p. 602.

peut noter quelques arrêts qui ont prononcé l'annulation de la sentence arbitrale pour violation de l'ordre public international.

Pour la période considérée, il a été recensé cinq recours en annulation de sentences arbitrales à l'occasion desquels était arguée une contrariété de la sentence à l'ordre public international. Seul un recours a prospéré et la sentence s'est vue annulée pour contrariété à l'ordre public international. Il s'agit de l'affaire opposant *la Société Béninoise d'Énergie Électrique (SBEE) S.A et l'État du Bénin à la Société INNOVENT BENNIN S.A*, objet de l'arrêt n° 105/2022 du 23 juin 2022.

D'après les faits, l'État du Bénin a concédé à la société INNOVENT un marché de construction et d'exploitation de centrales photovoltaïques et thermiques. Pour la mise en œuvre de ce marché, la société Béninoise d'Énergie Electrique, dite SBEE, va conclure un contrat d'achat d'énergie avec la société INNOVENT S.A. Ces contrats seront soumis à la validation de l'Autorité de Régulation de l'Électricité (ARE), qui émettra un avis portant refus d'approbation du marché concédé par l'État du Bénin à la société INNOVENT S.A pour irrégularité de la procédure de passation de ces contrats. L'ARE conditionnait alors son avis favorable à la satisfaction de certaines exigences propres aux procédures de passations des marchés publics, notamment la prise en compte de la réglementation sectorielle et des directives de l'UEMOA en matière de marché public.

Les négociations entre les parties ayant échoué, la société INNOVENT saisit le Centre d'arbitrage de la CCJA d'une demande d'arbitrage. La SBEE et l'État du Bénin soulèvent, *in limine litis*, l'incompétence du tribunal arbitral mis en place. Le tribunal arbitral a rendu le 5 mars 2021 une sentence partielle qui rejette trois exceptions d'incompétence et de nullité de la procédure soulevées par SBEE et l'État ; on comprend de l'arrêt que deux autres exceptions avaient été soulevées et ont été jointes au fond. Ces dernières étaient d'une part l'inexistence et l'expiration de la convention d'arbitrage et, d'autre part, la nullité de la demande d'arbitrage tenant elle-même de la nullité des marchés objets du différend. Le recours en annulation contre la sentence partielle est introduit devant la CCJA avec pour moyen d'annulation la contrariété de la sentence arbitrale à l'ordre public international. La Cour examine la cause et juge préalablement « *que si l'article 21 du Règlement d'arbitrage de la CCJA enferme les parties dans des délais pour soulever une exception d'incompétence, il ajoute qu'à tout moment de l'instance, le Tribunal arbitral peut examiner d'office sa compétence pour des motifs d'ordre public et statuer sur l'exception d'incompétence soit par sentence préalable, soit dans une sentence définitive ou partielle après débats au fond, sujettes au recours en annulation ; que cette disposition postule que les exceptions d'incompétence fondées sur les moyens tirés de l'ordre public sont examinées toutes affaires cessantes, notamment en ce qu'ils convoquent des lois impératives et d'examen immédiat, sous réserve de la faculté du Tribunal arbitral de joindre expressément lesdits moyens au fond* ».

Ensuite, la Cour se livre à une définition de la notion d'ordre public international en ces termes : « *on recourt à la notion d'ordre public international pour désigner l'ensemble des règles reconnues par la Communauté des nations comme participant de la protection des intérêts supérieurs des États ; qu'il est commun aux pays reconnus par ladite Communauté de protéger leurs marchés par des règles impératives qui établissent alors un ordre public* » et tire les conséquences

de la méconnaissance par les arbitres de l'ordre public dans le cas d'espèce, en jugeant qu'« en la cause, le Tribunal arbitral a, de fait, retenu sa compétence tout en ordonnant un sursis à statuer sur des moyens évoqués au soutien de son incompétence et tirés de la violation des règles dont l'impérativité commande un régime spécifique de traitement ; que la convention des marchés publics et le contrat subséquent n'ayant jamais rempli les conditions légales requises, ils étaient sous le coup de la déchéance ; qu'en retenant sa compétence dans ces conditions, le Tribunal arbitral a violé l'ordre public international, en ce qu'il a donné effet à une clause compromissaire inexistante au regard du droit interne du Bénin et des Directives de l'UEMOA en matière de marchés publics et de délégation de services publics ».

En plus, la Cour apporte des précisions utiles sur la nature et la portée du contrôle qu'elle exerce sur les sentences arbitrales en ces termes : « que la CCJA ne contrôle pas si le droit a été bien dit ni la solution de droit retenue ; qu'elle a mission de s'assurer que la sentence dont l'annulation est demandée est conforme à l'ordre public international ; qu'aussi, sans apprécier ni la pertinence ni l'opportunité de la sentence déferée, la Cour ne peut-elle que constater l'inaptitude de cette décision à intégrer l'ordre juridique interne de la République du Bénin ; que la seule exigence de la sentence partielle attaquée, comme acte de justice, contrarie les règles qui fixent les conditions de passation des marchés publics en matière d'énergie au Bénin, État partie au Traité de l'OHADA ; que le Tribunal arbitral n'a pas tenu compte, comme cela lui était expressément demandé par les requérants, du droit interne béninois et du droit communautaire UEMOA ; que les règles de police découlant de tout ce dispositif juridique, au demeurant conforme aux règles du commerce international, étant contraignante et s'imposant à tous, plutôt que d'en différer la mise en œuvre, le Tribunal arbitral devait immédiatement les appliquer ; qu'en procédant autrement, il a fait encourir à sa sentence partielle le grief allégué au moyen et celle-ci doit, en conséquence, être annulée ».

Enfin, la Cour termine son raisonnement en indiquant que « le juge de l'annulation se réfère à son propre ordre juridique, en ce que son appréciation se fait selon les règles impératives de son for ; qu'il existe en la cause un ordre public communautaire et toute sentence contraire à celui-ci ne serait pas exécutée ; qu'en particulier, la CCJA ne saurait, dans l'exercice de son pouvoir d'annulation des sentences arbitrales, accueillir l'argument d'un moyen précoce, alors que celui-ci poursuit le respect de l'ordre public qu'un juge saisi du règlement contentieux d'un différend n'est nullement autorisé, même provisoirement, à mettre en veille, en l'absence d'une disposition légale spécialement établie à cette fin, l'ordre public se caractérisant par la permanence de sa vigueur ».

L'affaire Société Béninoise d'Énergie Electrique (SBEE) et État du Bénin contre Société INNOVENT a le mérite d'apporter les éléments qui contribuent à donner un contenu à la notion d'ordre public international dans l'espace OHADA, avec comme valeur ajoutée qu'elle vient enrichir la jurisprudence de la CCJA sur la définition de cette notion²³.

23. Dans l'affaire Société PLANOR Afrique contre Société ATLANTIQUE TELECOM S.A (CCJA arrêt n° 031/2011 du 31 janvier 2011), la CCJA estime que « l'autorité de la chose jugée, principe fondamental de la justice en ce qu'il assure la sécurité juridique d'une situation acquise, participant de l'ordre public international au sens des articles 29.2 et 30.6-4 du Règlement d'arbitrage de la

Néanmoins, le raisonnement de la CCJA sur certains points dans cet arrêt mérite d'être questionné au regard de certains principes établis en droit international de l'arbitrage. D'une part, la CCJA annule la sentence arbitrale partielle sous le motif de la violation de l'ordre public international tenant en ce que le tribunal arbitral a retenu sa compétence pour connaître de l'affaire et a rendu la sentence partielle querellée alors « *que la convention des marchés publics et le contrat subséquent n'ayant jamais rempli les conditions légales requises, ils étaient sous le coup de la déchéance ; qu'en retenant sa compétence dans ces conditions, le tribunal arbitral a violé l'ordre public international, en ce qu'il a donné effet à une clause compromissoire inexistante au regard du droit interne du Bénin et des Directives de l'UEMOA en matière de marchés publics et de délégation de services publics* ». La CCJA semble reprocher au tribunal arbitral d'avoir donné effet à une clause compromissoire insérée dans une convention de marchés publics et contrats subséquents nulles au regard du droit interne Bénin. D'après la compréhension de la Cour, l'inexistence pour contrariété à l'ordre public des conventions des marchés publics entache la validité de la clause compromission. Il est évident que l'analyse de la CCJA est complètement aux antipodes du principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage qui postule la validité de la clause compromissoire nonobstant la nullité du contrat principal. Par ailleurs, reprocher au tribunal arbitral de ne pas s'être prononcé sur les deux exceptions jointes au fond, et en se prononçant sur celles-ci alors même que la sentence déferée ne les a pas tranchées mais a exercé son pouvoir souverain de les joindre au fond, c'est faire litière du principe de compétence-compétence qui innerve le droit international de l'arbitrage et postule que l'arbitre est juge de sa propre compétence.

D'autre part, la CCJA fait grief au tribunal arbitral d'avoir joint au fond certaines exceptions et moyens de défense soulevés par l'État du Bénin et SBEE et renvoyé leur examen à la phase ultérieure de l'instance, obligeant « *ceux-ci à se soumettre à une instance au fond dont ils ont pourtant le droit d'empêcher l'avènement et la tenue effective, en vertu du principe de la liberté de défense* ». Tout comme le précédent, ce raisonnement n'est pas exempt de critique dès lors que la jonction au fond d'exceptions de procédure liées à l'examen du fond est une solution classique en arbitrage international comme dans le contentieux judiciaire, et qu'il est expressément prévu à l'article 21 du Règlement d'arbitrage de la CCJA. Il est bien dommage que l'arrêt de la CCJA y trouve une violation de l'ordre public international.

Les errements observés dans cet arrêt pourraient malheureusement être de nature à ébranler la confiance internationale dans la CCJA. Par ailleurs, il n'est pas exclu que la sentence partielle, bien qu'annulée par la juridiction communautaire, reçoive un accueil favorable dans l'ordre juridique français au travers de l'exequatur, car il ressort de la clause compromissoire que les parties avaient choisi Paris comme siège de l'arbitrage.

Le motif de contrariété à l'ordre public international n'a pas reçu la même faveur dans les autres affaires rendues au cours de la même période.

CCJA, *s'oppose à ce que l'arbitre statue dans la même cause opposant les mêmes parties* ». La CCJA réitère sa position dans l'arrêt n° 68/2020 du 27 février 2020, affaire État du Bénin c/ Société Générale de Surveillance, inédit.

Dans l'affaire *NEMALE HOLDING SAS et Monsieur Constant NEMALE contre République de Guinée équatoriale*, objet de l'arrêt n° 039/2021 rendu le 8 avril 2021, le recours en annulation était fondé sur la violation de l'ordre public international, en ce que le tribunal arbitral avait jugé irrecevable la demande d'intervention forcée formulée par les requérants, par une ordonnance de procédure n° 5 du 11 décembre 2019. En procédant ainsi, le tribunal arbitral aurait privé les demandeurs de leur droit au recours en annulation consacré par l'article 29.1 du Règlement d'arbitrage de la CCJA, l'ordonnance de procédure étant une décision inattaquable.

Pour répondre à ce grief, la CCJA commence par relever que les parties à la présente procédure sont liées par un pacte d'actionnaires qui comporte une clause compromissoire qui ne lie que ses signataires et, le cas échéant, ceux qui y adhèrent. Ainsi, la société Afrimedia International, qui n'est pas partie au pacte d'actionnaires et par voie de conséquence à la convention d'arbitrage, ne saurait, par demande d'intervention forcée, être atraite dans une procédure d'arbitrage déclenchée entre les véritables parties à ladite convention. Et la Cour conclut qu'« *en rendant l'ordonnance de procédure n° 5 en date du 11 décembre 2019, le Tribunal arbitral n'a nullement fait encourir à la sentence attaquée le grief de violation à l'ordre public international* ».

L'enseignement juridique que l'on tire de cet arrêt est double. D'une part, la CCJA admet que le tribunal arbitral peut examiner et trancher une demande d'intervention forcée par une simple ordonnance de procédure sans avoir forcément besoin de rendre une sentence arbitrale partielle, lorsque d'après la convention d'arbitrage, la demande d'intervention vise une personne qui n'est pas liée par celle-ci. L'ordonnance se limitant tout simplement à déclarer la demande d'intervention irrecevable. Par ailleurs, la Cour précise que « *les ordonnances de procédure ont pour seul objet de résoudre les questions relatives au déroulement de l'instance ; que la société Afrimedia International n'a jamais formellement intégré l'instance arbitrale* » puisqu'elle n'est pas partie à la convention d'arbitrage sur le fondement duquel Constant NEMALE a initié la procédure d'arbitrage contre la République de Guinée équatoriale.

D'autre part, l'arrêt précise qu'au sens des dispositions de l'article 8-1.1 du Règlement d'arbitrage de la CCJA, l'intervenant, volontaire ou forcé, doit, *ab initio* ou par adhésion explicite ou implicite, être partie à la convention d'arbitrage justifiant l'instance arbitrale engagée. Ce qui en l'espèce, n'est pas le cas pour la société Afrimedia International.

Le motif tiré de la contrariété à l'ordre public international n'a pas davantage prospéré dans l'affaire *Société Africaine de Construction Congo S.A contre Société PARKLAND* objet de l'arrêt n° 001/2021 du 14 janvier 2021. Dans cette cause, sous le couvert de la violation de l'ordre public international, le recourant reprochait à la sentence arbitrale une contradiction et une insuffisance de motivation. La Cour rejette le moyen en précisant que, « *le recours en annulation de sentence visé à l'article 29.2 du Règlement d'arbitrage de la CCJA, qui prévoit parmi les causes d'annulation la contrariété à l'ordre public international, permet à la Cour de contrôler, non le bien-fondé ou non de la solution juridique retenue par la sentence, mais l'aptitude de celle-ci à s'insérer dans l'ordre juridique des États parties ; que telle que ci-dessus exposée, la première branche du premier motif*

d'annulation, prétendument tiré de la contrariété avec l'ordre public international, convie plutôt à une appréciation de la pertinence des motifs de la sentence entreprise, laquelle n'est pas du ressort de la Cour de céans statuant comme juge de l'annulation... ».

C'est le même raisonnement que la Cour a adopté dans son arrêt n° 111/2021 du 3 juin 2021 dans *l'affaire opposant NJOUNKWE Martin à ORAGROUP*. Il était reproché à la sentence d'avoir violé l'ordre public international en ce que non seulement le tribunal arbitral n'avait pas tenu compte de la pathologie de la clause arbitrale, mais encore, avait ordonné la réparation des préjudices qui ne sont ni certains, ni directs, ni personnels. La Cour répond en ces termes : « *attendu d'une part que la réparation de préjudices économique et moral dits incertains et hypothétiques d'une personne morale ne relève en rien de la violation de l'ordre public international ; que, d'autre part, c'est après une démonstration juridique au vu des éléments en sa possession que le Tribunal arbitral a allouée à la partie demanderesse des sommes en réparation des préjudices subis ; que, par ailleurs, en l'état de sa formulation, le motif invoqué tend à amener la Cour à examiner la motivation retenue par les arbitres au soutien de leur sentence, toute chose qui ne relève pas du contrôle de la CCJA en matière d'annulation... ».*

La CCJA s'est également prononcée sur la pertinence du motif de violation de l'ordre public international dans *l'affaire Entreprise MUKONKI MULIMI Sarlu (EMM Sarlu) contre Société KAMOTO COPPER COMPANY* par arrêt n° 104/2022 rendu le 23 juin 2022. Il était reproché au tribunal arbitral d'avoir refusé de faire application des principes généraux de droit alors que le droit applicable au litige était le droit congolais. La Cour relève que le motif est mal fondé et le rejette, aucune contrariété à l'ordre public international n'étant caractérisée.

Certains arrêts rendus au cours des années 2021 et 2022 ont également posé le problème du non-respect par le tribunal arbitral de sa mission.

C. Sur le non-respect par le tribunal arbitral de sa mission

Les arbitres ne sont juges que par la volonté des parties et dans la limite de celle-ci. Si le tribunal arbitral ne respecte pas sa mission ou l'outrepasse, sa sentence encourt l'annulation. Le motif repose sur une violation de la volonté privée des parties. Sur la période considérée, la CCJA a connu de cinq affaires dans lesquelles le motif de non-respect par l'arbitre de sa mission a été invoqué par les parties au soutien de leur recours en annulation. Dans trois de ces affaires, le motif est invoqué de façon superficielle et confondu avec le défaut de motivation. Il s'agit des affaires : *Société NEMALE HOLDING SAS et Monsieur Constant NEMALE contre République de Guinée équatoriale*²⁴ ; *Monsieur Marc ORPHANIDES contre Monsieur Alkarim ALNOOR JAMAL*²⁵ et *NJOUNKWE Martin contre ORAGROUP S.A*²⁶.

24. CCJA, arrêt n° 039/2021 du 8 avril 2021, affaire Société Nemale Holding SAS et Monsieur Constant Nemale c/ République de Guinée équatoriale, inédit.

25. CCJA, arrêt n° 063/2021 du 8 avril 2021, affaire Monsieur Marc Orphanides c/ Monsieur Alkarim Alnoor Jamal, inédit.

26. CCJA, arrêt n° 111/2021 du 3 juin 2021, affaire Njounkve c/ Oragroup SA.

En revanche, ce sont dans les affaires *Société Africaine de Construction au Congo contre Société PARKLAND S.A.*²⁷ et *Entreprise MUKONKI MULIMI Sarlu (EMM Sarlu) contre Société KAMOTO COPPER COMPANY* que la CCJA s'est effectivement prononcée sur le motif tiré du non-respect par le tribunal arbitral de sa mission.

Dans la première affaire citée, il est reproché à la sentence arbitrale le non-respect par l'arbitre de sa mission, en ce que celui-ci avait été investi par les parties litigantes du pouvoir de trancher leur différend en droit, ce qu'il n'aurait pas fait. La CCJA rejette le moyen en jugeant : « *mais attendu qu'en reprochant à la sentence arbitrale le non-respect par l'arbitre de sa mission, en ce qu'investi par les parties litigantes du pouvoir de trancher leur différend en droit, ce dernier aurait failli à cette mission en adoptant des motifs limités et contradictoire, la requérante, qui ne saurait reprocher à un arbitre statuant en équité une contradiction ou une insuffisance de motifs, admet implicitement que celui-ci n'a pas jugé en amiable composition mais plutôt en droit, conformément à la mission qui lui avait été confiée, que ce moyen n'est donc pas fondé et doit être rejeté* ». La position de la Cour est justifiée et se comprend aisément. L'on ne peut reprocher au tribunal arbitral de n'avoir pas respecté sa mission parce qu'il n'aurait pas statué en droit comme convenu alors qu'il ressort bien des termes de la sentence que le tribunal n'a pas statué en amiable composition, mais effectivement en application des règles de droit.

Une doctrine autorisée fait remarquer que le grief tiré du non-respect de la mission de l'arbitre est une forme de motif « *fourre-tout* », apte à accueillir divers moyens au soutien de la demande d'annulation²⁸. C'est pourquoi la jurisprudence s'évertue à en faire une interprétation restrictive. La révision au fond étant prohibée, il n'est pas possible de contester, sous l'invocation du non-respect de sa mission par le tribunal arbitral, ce qui a été jugé au fond. Ainsi, il est vain de contester la régularité de la sentence arbitrale en soutenant que le tribunal n'a pas, conformément à l'ordonnance de procédure n° 1, jugé opportun d'examiner les preuves qu'elle a présentées et s'est limité à dire qu'elle n'a jamais apporté les preuves de ses allégations et, d'autre part, que le tribunal arbitral est sorti de la mission qui lui a été assignée en s'étalant longuement et inutilement sur une demande en dédommagement initiée par la partie adverse. C'est ce que la CCJA a décidé dans la seconde affaire citée, non sans apporter des précisions utiles sur le cadre légal de la mission du tribunal arbitral, en ces termes : « *Mais attendu, d'une part, que la mission du tribunal arbitral est délimitée par l'objet du litige ; que celui-ci est déterminé par les prétentions et demandes respectives des parties telles qu'exposées dans le procès-verbal constatant l'objet de l'arbitrage et fixant le déroulement de la procédure prévue à l'article 15 du Règlement de procédure et, d'autre part, que le non-respect par le tribunal arbitral de sa mission ne peut avoir pour objet la révision au fond de la sentence ; qu'il permet seulement à la Cour de céans de vérifier si les arbitres se sont ou non conformés à leur mission, sur les points où leur décision est critiquée sans avoir à apprécier le bien-fondé de ladite décision* ». Cette décision appelle un accueil positif parce qu'elle a le mérite de

27. CCJA, arrêt n° 001/2021 du 14 janvier 2021, affaire *Société Africaine de Construction au Congo S.A c/ Société Parkland S.A.*

28. J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, Thémis, PUF, 1^{re} édition, 2016, p. 588.

déterminer le contenu de la notion de non-respect de sa mission par le tribunal arbitral.

L'activité de la CCJA en matière d'arbitrage, sur la période considérée, a également consisté à peaufiner le régime juridique de l'obligation de juger dans un certain délai désormais imparti aux juridictions nationales compétentes lorsqu'elles sont saisies du recours en annulation de la sentence arbitrale. La haute cour s'est substituée aux juridictions nationales pour statuer sur le recours. C'est le mécanisme de saisine directe de la CCJA du recours en annulation en cas de défaillance de la juridiction nationale compétente.

II. – Le mécanisme de saisine directe de la CCJA du recours en annulation

Le 23 novembre 2017, le conseil des ministres de l'OHADA, réuni à Conakry, a adopté un nouvel Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, lequel abroge celui du 11 mars 1999. Ce nouveau texte, qui s'est inspiré de la loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international²⁹ dans certaines de ses dispositions, introduit certaines innovations majeures. L'article 27, par exemple, comporte une véritable innovation visant à conforter la célérité de l'arbitrage dans la gestion juridictionnelle du recours en annulation devant les juridictions nationales compétentes.

En effet, ce nouvel article 27 de l'AUA dispose que :

« Le recours en annulation est recevable dès le prononcé de la sentence. Il cesse de l'être s'il n'a pas été exercé dans le mois de la signification de la sentence munie de l'exequatur.

La juridiction compétente statue dans les trois (03) mois de sa saisine. Lorsque ladite juridiction n'a pas statué dans ce délai, elle est dessaisie et le recours peut être porté devant la Cour commune de justice et d'arbitrage dans les quinze (15) jours suivants.

Celle-ci doit statuer dans un délai maximum de six (06) mois à compter de sa saisine.

Dans ce cas, les délais prévus par le Règlement de procédure de la Cour commune de justice et d'arbitrage sont réduits de moitié. »

Tel que libellé, l'article précité constitue une véritable révolution dans le domaine de l'arbitrage OHADA, en ce qu'il instaure un mécanisme de saisine directe de la CCJA du recours en annulation suite au dessaisissement de la juridiction nationale compétente du fait de l'expiration du délai imparti pour juger.

Sur la période considérée, la CCJA a rendu trois arrêts importants qui consolident le mécanisme de sa saisine directe du recours en annulation (A) de même qu'ils apportent des précisions juridiques utiles sur le sort de la décision rendue par la juridiction nationale compétente après l'expiration du délai imparti pour juger (B).

29. G. KENFACK DOUAJINI, « Le nouvel acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage dans le cadre du Traité OHADA », *Revue Camerounaise de l'Arbitrage*, Numéro spécial, mai 2018, p. 14.

A. La consolidation de la saisine directe de la CCJA du recours en annulation suite au dessaisissement de la juridiction nationale compétente.

Dans l'AUA, qui constitue le droit commun de l'arbitrage dans l'espace OHADA, la sentence arbitrale peut faire l'objet d'un recours en annulation qui doit être porté devant la juridiction compétente dans l'État partie. Sans indiquer spécifiquement la juridiction compétente de l'État partie, l'AUA impartit néanmoins à cette juridiction un délai légal impératif de trois mois pour statuer, c'est-à-dire pour juger du recours en annulation et rendre une décision. Passé ce délai, la partie demanderesse peut alors porter son recours devant la CCJA dans les 15 jours à compter de l'expiration du délai de trois mois imparti.

Au crépuscule de l'année 2021, la CCJA a rendu le tout premier arrêt qui fait application des dispositions de l'article 27 de l'AUA adopté le 23 novembre 2017 et pose ainsi les bases du nouveau mécanisme de saisine directe. Il s'agit de l'arrêt n° 214/2021 du 23 décembre 2021 rendu dans *l'affaire opposant Établissement ENACAM à la Société Générale Cameroun (SGC) et le Centre de Médiation et d'Arbitrage du Groupement Inter-patronal du Cameroun (CMAG)*. Dans cette cause, l'Établissement ENACAM forme un recours en annulation devant la cour d'appel du Littoral contre une sentence arbitrale rendue par un tribunal arbitral sous l'égide du CMAG. Trois mois après sa saisine, la cour d'appel n'a pas rendu de décision dans l'affaire. C'est alors que le demandeur à l'annulation va porter son recours en annulation devant la CCJA dans le délai de 15 jours imparti. Devant la CCJA, la SGC et le GICAM soulèvent l'exception d'irrecevabilité. La haute cour passe outre et décide : « *il ressort des pièces du dossier de la procédure que par assignation en date du 16 février 2021, les Ets ENACAM ont assigné la Société Générale Cameroun et le GICAM devant la cour d'appel du Littoral d'un recours en annulation de la sentence rendue le 19 mai 2020 par le Tribunal arbitral composé de trois arbitres sous l'égide du GICAM ; que cette assignation a été déposée et reçue au greffe de ladite cour le 18 février 2021, enregistrée sous le n° 625, consacrant ainsi sa saisine ; que la cour d'appel, n'ayant pas statué dans le délai de trois mois à compter de cette dernière date conformément à l'article 27 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, les Ets ENACAM ont introduit le 21 mai 2021, le présent recours en annulation ; que ledit recours ayant été introduit dans les conditions prévues par la loi, il y a lieu de le déclarer recevable* ».

Commentant les dispositions de l'AUA, la doctrine indiquait déjà que l'article 27 de cet Acte uniforme instaurait un dessaisissement de plein droit qui n'avait pas besoin d'être constaté par un acte juridictionnel formel³⁰. Il n'est pas exagéré de considérer que cette doctrine était très avancée sur la compréhension de cette disposition, puisqu'à la seconde occasion qu'elle a eue, la CCJA n'a pas manqué de faire cette précision, consacrant ainsi définitivement ce mécanisme de saisine directe suite au dessaisissement de la juridiction compétente dans l'État partie.

30. N. AKA, A. FENEON et J.-M. TCHAKOUA, *Le nouveau droit de l'arbitrage et de la médiation en Afrique (Ohada)*, LGDJ-Lextenso, 2018, p. 140.

C'est l'affaire *Société Fontaine à Bière (FAB) contre Société Anonyme des Brasseries du Cameroun (SABC)*, objet de l'arrêt n° 199/2022 rendu le 29 décembre 2022, qui donne l'opportunité à la CCJA de se prononcer pour la seconde fois sur l'application stricte des délais édictés par l'article 27 de l'AUA, en précisant son régime juridique et sa portée.

Les faits sont presque identiques à ceux de la première affaire. Un tribunal arbitral constitué sous l'égide du GICAM rend une sentence arbitrale dans une affaire opposant les parties précitées. La FAB introduit un recours en annulation contre cette sentence devant la cour d'appel du Littoral qui laisse passer le délai de trois mois sans rendre de décision. La FAB porte alors le recours en annulation devant la CCJA. Son adversaire, la SABC, soulève l'irrecevabilité du recours en annulation devant la CCJA pour trois raisons. Elle estime tout d'abord que devant la cour d'appel du Littoral, la FAB n'a pas exprimé un quelconque dessaisissement ; ensuite, parce qu'entretemps la cour d'appel a finalement rendu une décision qui a autorité de la chose jugée ; et enfin, parce que la FAB ne dit pas en quoi le dépassement du délai de trois mois lui a causé préjudice.

La CCJA y répond avec précision : *« Mais attendu qu'il résulte de l'article 27 susvisé que la juridiction compétente, saisie d'un recours en annulation de sentence arbitrale, statue dans les trois (03) mois de sa saisine. Lorsque ladite juridiction n'a pas statué dans ce délai, elle est dessaisie et le recours peut être porté devant la Cour commune de justice et d'arbitrage dans les quinze jours suivants ; que les dispositions péremptoires de ce texte ne laissent aucune place, pour leur application, à la démonstration d'un quelconque préjudice subi par une partie ; qu'en l'espèce, la cour d'appel du Littoral, saisie du recours en annulation le 17 septembre 2021, n'avait pas rendu sa décision à la date limite du 17 décembre 2021, conformément aux exigences de la loi susmentionnée ; qu'en conséquence, elle est dessaisie au profit de la Cour de céans, et il y a lieu de déclarer nuls et non avenue tous les actes relatifs à ce dossier prononcé par ladite cour d'appel, après son dessaisissement ».*

Le raisonnement de la CCJA est des plus explicites et ne laisse place à aucune discussion car bien conforme à l'esprit et à la lettre du texte. L'arrêt mentionne que pour l'application de l'article 27 de l'AUA, le demandeur qui porte son recours en annulation devant la CCJA n'a pas besoin de démontrer un quelconque préjudice qu'il aurait subi du fait du dépassement par la juridiction compétente dans l'État partie du délai de trois imparti pour juger.

La Cour fait œuvre utile et comble la carence du législateur en se prononçant sur la valeur juridique des actes juridictionnels qui peuvent émaner de la juridiction compétente dans l'État partie après son dessaisissement. C'est la problématique du sort des décisions qui interviennent après la saisine directe de la CCJA.

B. La valeur juridique des décisions émanant de la juridiction compétente dans l'État partie après dessaisissement

Il n'est pas exagéré d'affirmer que la rédaction de l'article 27 de l'AUA comporte quelques imprécisions qui peuvent rendre son application malaisée. Il s'agit du silence gardé quant au sort des décisions de justice qui sont rendues par la juridiction compétente dans l'État partie après son dessaisissement et la saisine

immédiate de la CCJA. L'hypothèse n'est pas d'école. Il pourra bien arriver que la juridiction nationale compétente rende finalement une décision de justice après l'expiration du délai de trois mois imparti pour statuer, alors même que le recours en annulation est déjà porté devant la CCJA.

Le législateur OHADA n'a pas expressément réglé cette question. Et pourtant elle s'est posée dans *l'affaire Société Fontaine à Bière contre la Société Anonyme des Brasserie du Cameroun*. Alors que le recours en annulation avait déjà été porté devant le CCJA, la cour d'appel du Littoral a rendu un arrêt qui déboute la FAB de son recours en annulation. C'est ce qui justifie que la SABC ait invoqué l'autorité de la chose jugée pour s'opposer à la recevabilité du recours en annulation porté devant la CCJA. Mais la haute cour va saisir l'occasion pour se prononcer sur le sort de cette décision en jugeant qu'« *il y a lieu de déclarer nuls et non avenue tous les actes relatifs à ce dossier prononcés par ladite cour d'appel, après son dessaisissement* ». Ainsi, du fait de son dessaisissement d'office après le dépassement du délai de trois mois imparti pour statuer, la juridiction compétente de l'État partie doit s'abstenir de rendre toute décision de justice. Mais la question reste celle de savoir comment procéder dans la pratique. L'on pourrait penser au sursis à statuer et au renvoi de la cause au rôle général jusqu'à l'intervention de l'arrêt de la CCJA qui justifiera la remise au rôle de l'affaire pour constater par décision formelle qu'en raison de l'arrêt de la CCJA, la juridiction compétente de l'État partie ne peut plus statuer. L'on pourrait également penser que la juridiction compétente de l'État partie rende une décision dans laquelle elle constate formellement son dessaisissement d'office et l'impossibilité de statuer désormais dans l'affaire.

La solution retenue par la CCJA dans ces affaires invite les juridictions compétentes dans les États parties à une plus grande vigilance quant au respect strict des délais de procédure édictés dans l'AUA, notamment le délai de trois mois qui leur est imparti pour statuer sur les recours en annulation contre les sentences arbitrales.

Cependant, il n'y a pas que les juridictions nationales qui doivent veiller au respect desdits délais. Cela s'impose également aux parties qui courent le risque de voir leur recours en annulation être jugé irrecevable lorsque ledit recours est introduit devant la CCJA plusieurs jours, voire plusieurs mois après l'expiration du délai de trois mois légalement imparti à la juridiction compétente dans l'État partie pour statuer.

C'est bien de cela qu'il a été question dans *l'affaire État du Niger contre GARBA Nadéré, ALHASSANE Ismaël Abdourahmane et Autres*, objet de l'arrêt n° 183/2022 rendu le 24 novembre 2022. Une sentence arbitrale est rendue dans un différend opposant les parties précitées. L'État du Niger saisit le Président de la cour d'appel de Niamey d'un recours en annulation contre cette sentence. Le Président juge le recours irrecevable pour forclusion par arrêt n° 001/2021 du 21 avril 2021. L'État du Niger forme pourvoi contre cet arrêt devant la CCJA, qui l'examinant se prononce d'office sur la validité de l'arrêt déferé en application de l'article 27 alinéa 2 de l'AUA, et juge qu'« *il ressort des éléments du dossier que le 20 avril 2020 puis le 16 juin 2020, l'État du Niger a saisi la cour d'appel de Niamey d'un recours en annulation contre la sentence arbitrale rendue le 16 mars 2020 ; qu'en application des dispositions de l'article 27 alinéa 2 susvisé, la juridiction saisie*

avait 3 mois pour se prononcer sous peine de dessaisissement et devait rendre sa décision au plus tard le 17 septembre 2020 ; qu'au-delà de cette date, elle se trouvait dessaisie de l'affaire et ne pouvait plus rendre aucune décision ; qu'il y a lieu de déclarer non avenue, l'arrêt n° 001.2021 rendu le 21 avril 2021 par la cour d'appel de Niamey ».

La Cour va plus loin dans son raisonnement et rappelle à l'État du Niger que, faute pour lui d'avoir fait diligence dans le délai de 15 jours imparti, notamment en portant le recours en annulation devant la Cour commune de justice et d'arbitrage dès l'expiration des trois mois, son pourvoi ne peut être reçu. L'attendu mérite d'être cité : « *que d'autre part, en application des mêmes dispositions ci-dessus relevées, l'État du Niger avait un délai de 15 jours à partir du dessaisissement de la cour d'appel pour saisir la Cour de céans d'un recours en annulation de ladite sentence ; qu'en ayant pas agi dans ce délai, il y a lieu de déclarer son pourvoi irrecevable comme exercé contre une décision non avenue* ».

L'enseignement qui se dégage de cet arrêt est que le pourvoi en cassation n'est point ouvert au justiciable qui ne porte pas son recours en annulation devant la CCJA dans le délai de 15 jours à compter du dessaisissement de la juridiction compétente de l'État du fait du dépassement du délai légal de trois mois imparti pour juger. Et la raison est fort simple : la décision rendue par la juridiction compétente de l'État partie nonobstant son dessaisissement d'office est nulle et non avenue. Le mérite de cette jurisprudence est qu'elle apporte des réponses concrètes aux questions et difficultés pratiques qu'aurait posée l'application de l'article 27 de l'AUA. L'on ne peut que rendre hommage à la CCJA qui assume véritablement son rôle de garante de l'application et de l'interprétation uniforme du droit OHADA.

Néanmoins, l'arrêt donne un goût d'inachevé. L'on aurait espéré que la CCJA aille plus loin dans sa motivation et fixe les parties sur le sort de la sentence arbitrale querellée. En effet, une doctrine³¹ bien avisée se demandait ce qui se passerait si le demandeur au recours en annulation omettait de saisir la CCJA dans les 15 jours. Son premier recours en annulation (formé dans les délais) deviendrait-il caduc de sorte que le demandeur en nullité se retrouverait définitivement forclos et la sentence définitive ? L'arrêt *État du Niger contre GARBA Nadéré* aurait apporté une réponse à cette interrogation si la haute cour avait saisi l'opportunité pour fixer les parties sur le sort de la sentence arbitrale querellée lorsque le demandeur ne porte pas son recours en annulation à Abidjan dans les 15 jours suivant l'expiration du délai de trois mois imparti. L'on ne peut qu'espérer que la Cour se prononce sur cette question à la prochaine occasion.

Au regard de la solution dégagée dans ces trois arrêts, l'on peut dire que globalement, la CCJA s'affirme comme étant le meilleur allié de l'arbitrage en affinant le régime juridique du mécanisme de saisine directe introduit dans l'article 27 de l'AUA par la réforme du 23 novembre 2027. Néanmoins, la Cour n'est pas exempte de tout reproche, notamment au sujet de l'application stricte des dispositions de l'article 27 de l'AUA par elle-même. En effet, lorsque la Cour est saisie suite au dessaisissement de la juridiction compétente de l'État partie,

31. O. CUPERLIER, « La célérité » in A. NGWANZA (dir.), *Vingt ans d'arbitrage OHADA : bilan et perspectives*, Actes du Colloque des 17 et 18 octobre 2019 organisé par la Conférence des Barreaux de l'Espace OHADA et JUS AFRICA, p. 267.

l'article 27 de l'AUA, en son dernier paragraphe, lui impartit également un délai pour juger en disposant que « *celle-ci doit statuer dans un délai maximum de six (06) mois à compter de sa saisine* », et pour permettre à la CCJA de statuer avec célérité le législateur a abrégé les délais d'instruction, en énonçant dans la dernière phrase de l'article 27 de l'AUA que « *[d]ans ce cas, les délais prévus par le Règlement de procédure de la Cour commune de justice et d'arbitrage sont réduits de moitié* ».

Une lecture attentive des trois arrêts laisse entrevoir que la CCJA les a rendus en violation de l'exigence légale selon laquelle elle doit statuer dans un délai maximum de six mois. Dans l'affaire *Établissement ENACAM contre Société Générale Cameroun et GICAM*, l'arrêt de la Cour est rendu sept mois après sa saisine. Si l'on peut tolérer un retard d'un mois, force est de constater que dans l'affaire *Société Fontaine à Bière contre Société Anonyme des Brasseries du Cameroun*, l'arrêt rendu est intervenu 12 mois après la saisine de la Cour.

Le record de tardiveté est atteint avec l'affaire *État du Niger contre GARBA Nadéré et autres* où l'arrêt de la CCJA est rendu 17 mois après la saisine de la haute juridiction. C'est dire que le délai moyen minimum au terme duquel la Cour statue est de sept mois, au lieu de six mois maximum comme prévu par le texte de l'AUA. Il s'agit tout de même d'une lenteur que la Cour doit vite corriger pour être non seulement en conformité avec les dispositions impératives de l'AUA, mais aussi pour conférer à ses arrêts une autorité au-dessus de tout soupçon, car il est difficile d'accepter qu'une juridiction suprême reproche aux juridictions inférieures la violation d'une loi qu'elle-même ne respecte pas convenablement. Les délais édictés par l'article 27 de l'AUA sont prévus pour renforcer la célérité dans l'arbitrage OHADA³². Si ces délais s'imposent strictement aux juridictions compétentes dans les États parties ainsi que cela ressort des arrêts de la CCJA, ces délais doivent également s'imposer à la haute juridiction qui doit y veiller afin de rester cohérente avec ses propres décisions.

Par ailleurs, l'application des dispositions de l'article 27 l'AUA suscite une autre question, celle du bénéfice des délais de distance lorsque l'une des parties réside en dehors du siège de la CCJA. Rappelons sur ce point que la CCJA a pris la décision n° 002/99 du 4 février 1999, augmentant les délais de procédure en raison de la distance. Aux termes de cette décision, « *sauf si les parties ont leur résidence habituelle en Côte d'Ivoire, les délais de procédure sont augmentés en raison de la distance comme suit : en Afrique centrale de 21 jours ; en Afrique de l'Ouest de 14 jours ; en République fédérale islamique des Comores et autres pays de 30 jours* ». La question n'est pas sans intérêt. Un plaideur qui a omis de porter son recours en annulation devant la CCJA dans les 15 jours à compter du dessaisissement d'office de la juridiction compétente de l'État partie pourra se prévaloir du bénéfice des délais de distance ci-dessus pour soutenir la recevabilité de son recours devant la haute juridiction.

En attendant que la CCJA se prononce formellement sur ce point, nous pensons que les délais de distance édictés par la décision n° 002/99 ne concernent que les recours en cassation formés contre les décisions rendues en dernier ressort pas les juridictions nationales des États parties conformément aux articles 14 et 15

32. O. CUPERLIER, « La célérité » *op. cit.*

du Traité OHADA. Ces délais ne sauraient s'appliquer au recours en annulation porté devant la CCJA suite au dessaisissement des juridictions nationales pour dépassement du délai imparti pour statuer. L'invocation du bénéfice des délais de distance sera donc inopérante, à moins que la CCJA ne décide du contraire dans une décision qu'elle devra donc savamment motiver pour convaincre la communauté arbitragiste de l'espace OHADA.

En conclusion, il y a lieu de saluer le travail de la Cour commune de justice et d'arbitrage au cours des années 2021 et 2022. Si sur le plan quantitatif, l'on peut regretter que son activité au cours de ces deux années n'ait pas été très prolifique en matière d'arbitrage, l'on peut tout au moins se réjouir de cette activité sur le plan qualitatif en raison de la pertinence des solutions juridiques données aux affaires qui lui sont soumises, même si l'on ne peut manquer de relever quelques décisions discutables. Aucune œuvre humaine n'étant parfaite, mais perfectible, l'on peut tout simplement souhaiter que l'activité prétorienne de la Cour soit plus féconde au cours de l'année 2023 avec des solutions juridiques encore plus pertinentes pour le rayonnement de l'arbitrage OHADA.

Sub-Saharan African Courts Decisions on the Challenge of Arbitrators

Emilia ONYEMA*

ABSTRACT

This paper surveys provisions regarding arbitrator disclosures and challenges for lack of impartiality and/or independence across national arbitration laws and arbitration rules of the English speaking and common law jurisdictions in sub-Saharan Africa. In line with the UNCITRAL arbitration regime, prevalence of a positive duty to disclose is notable across the board, mostly as a continuing obligation and requiring declarations/statements of independence from arbitrators, following global institutional standards. This is followed by an analysis of how some national courts in common law African jurisdictions interpret and apply the relevant provisions noting specifically the various basis, procedures, tests for challenges and the stage at which they should be brought forth. This paper generally notes that a high threshold is preferred by national courts when deciding challenges of independence and impartiality and encourages a closer reference to the IBA Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitration.

Introduction

Analysis of the attitude of national courts in Africa towards arbitration have traditionally focused on the enforcement or annulment of arbitral awards.¹ However, recent years have seen interesting decisions on arbitrator disclosure and challenges for lack of impartiality and/or independence from national courts and, also the Permanent Court of Arbitration (PCA). These decisions have engaged the international arbitration community in very lively debates.² Examples include

* Emilia Onyema is a Professor of International Commercial Law at SOAS University of London where she teaches international investment law, international arbitration and commercial law in a global context. Her research focuses on the arbitration in Africa. She is grateful to Mark Wasunna for his research assistance with some of the cases discussed.

1. See for example, Emilia ONYEMA (ed.), *Rethinking the Role of African National Courts in Arbitration*, Kluwer Law International (2018); Lise BOSEMAN (Gen. Ed.), *Arbitration in Africa: A Practitioners Guide*, 2nd ed., Kluwer Law International 2021; John MILES, Tunde FAGBOHUNLU SAN, and Kamal SHAH, *Arbitration in Africa: A review of Key Jurisdictions*, Sweet & Maxwell, 2016.

2. For example, Jayavardhan SINGH, "Halliburton v Chubb: Waiving a Mandatory Duty", at <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/04/28/halliburton-v-chubb-waiving-a-mandatory-duty/> and McNair International Key Updates available at: <https://www.mcnairinternational.com/client/publications/2022/Litigation%20&%20Arbitration%20Updates%20Nov%202022.pdf>.

the *Halliburton v Chubb* decisions from the English courts³ and the *Lufthansa v Venezuela* decision by the Secretary General of the PCA.⁴ Decisions on arbitrator challenges from national courts in Africa have not enjoyed such wide coverage and analysis, which explains the reason for the choice of this topic.

This paper examines two questions in this regard: whether national courts in Sub-Saharan African states decide such issues and if they do, to examine some of the decisions to enable the international arbitration community to understand their reasoning and their approach to the determination of the issues. Therefore, this paper will examine the attitude of national courts in some Sub-Saharan common law African states towards the issues of disclosure and challenge of arbitrators.⁵ The relevance of this paper is its contribution to our understanding of the views of these courts which adds to the development of international arbitral jurisprudence, law, and practice.

This paper will examine the laws and rules that underpin these issues in some African states (A) and the decisions of the relevant national courts on arbitrator challenge issues (B) and a conclusion which will elicit some principles (if any) or threads from the various decisions examined. The discussion in this paper will be limited to a sample of English speaking and common law jurisdictions in sub-Saharan Africa.⁶ The discussions will focus primarily on Ghana,⁷ Kenya,⁸ Nigeria,⁹ South Africa,¹⁰ Zambia,¹¹ and Zimbabwe.¹²

A. The legal framework

It is notable that of the 54 African states, only one state (South Sudan) lacks a dedicated law on arbitration.¹³ The arbitration laws of these states are mostly modern, drawing inspiration from or based on the UNCITRAL Model Law on

3. *Halliburton v Chubb* [2020] UKSC 48, available online at: <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2018-0100-judgment.pdf>.

4. *Deutsche Lufthansa AG (Germany) v Bolivarian Republic of Venezuela*, PCA Case No. 2022-03, Decision on the Challenge to Dr. Wolfgang Peter by the SG of the PCA dated 10 October 2022, available online at: <https://files.lbr.cloud/public/2022-10/20221010%20PCA%20Case%20No.%202022-03%20Decision%20on%20the%20Challenge%20to%20Wolfgang%20Peter....pdf?VersionId=HSEBhTrbVsjDmC7ao0SN1rr6w5Q9.LQV>.

5. Another contribution in this special issue will examine the attitude of civil law African states on the same questions.

6. There is a comparative discussion on OHADA and civil law jurisdictions.

7. Ghana Arbitration and Dispute Resolution Act 2010 with text available at: [https://lawsghana.com/post-1992-legislation/table-of-content/Acts%20of%20Parliament/ALTERNATIVE%20DISPUTE%20RESOLUTION%20ACT,%202010%20\(ACT%20798\)/28](https://lawsghana.com/post-1992-legislation/table-of-content/Acts%20of%20Parliament/ALTERNATIVE%20DISPUTE%20RESOLUTION%20ACT,%202010%20(ACT%20798)/28).

8. Kenya Arbitration Act 1995 with text available at: https://ncia.or.ke/wp-content/uploads/2021/02/ArbitrationAct4of1995_2.pdf.

9. Nigeria Arbitration and Conciliation Act (1988) with text available at: http://www.commonlii.org/ng/legis/num_act/aac244/.

10. South Africa International Arbitration Act 2017, with text available at: https://www.gov.za/sites/default/files/gcis_document/201712/41347internationalarbitrationact15of2017.pdf.

11. Zambia Arbitration Act 2000 with text available at: <https://old.zambiaii.org/zm/legislation/act/2000/19/aa2000137.pdf>.

12. Zimbabwe Arbitration Act 1996 with text available at: <https://zimlii.org/akn/zw/act/1996/6/eng%402016-12-31>.

13. The 2018 OHADA Uniform Arbitration Act applies in seventeen African states; the UNCITRAL Model Law applies in eleven African states; the laws of thirteen African states are post-2000; the laws of thirteen states are between 1904 and 1999.

International Commercial Arbitration (UNCITRAL Model Law).¹⁴ Provisions on disclosure and challenge of arbitrators are included in both national arbitration laws (A1) and arbitration rules (A2) attached to such laws or those of arbitration institutions operating in each country.¹⁵

A1. National Arbitration Laws

The national arbitration laws of the jurisdictions examined in this paper are mostly based on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, its original 1985 and revised 2006 versions.¹⁶ The Ghana ADR Act 2010 draws inspiration from various sources including the UNCITRAL Model Law and the English Arbitration Act 1996. In relation to South Africa, its 1965 Arbitration Act continues to apply to its domestic disputes.¹⁷

These laws to a large extent reproduce the provisions of the UNCITRAL Model Law which require a prospective arbitrator appointee to disclose,

any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to [his/her] impartiality or independence. An arbitrator, from the time of [his/her] appointment and throughout the arbitral proceedings, shall without delay disclose any such circumstances to the parties unless they have already been informed of them by [him/her].¹⁸

The South African Arbitration Act No. 15 of 2017 under Article 12 provides:

(1) when a person is approached [...] he or she shall disclose any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his or her impartiality or independence [...]

(2) an arbitrator may be challenged only if circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his or her impartiality or independence, or if he or she does not possess qualifications agreed by the parties [...]

(3) [...] “justifiable doubts” require substantial grounds for contending that a reasonable apprehension of bias would be entertained by a reasonable person in possession of the correct facts.¹⁹

The 1965 domestic Arbitration Act of South Africa does not contain an equivalent provision (to Article 12 of the UNCITRAL Model Law quoted above) for lack of impartiality and independence but includes Section 10.1 which is a reference to the removal from office of the arbitrator or termination of his appointment,²⁰ and Section 33 which focuses on the challenge of the award for the misconduct or gross

14. The 1985 and 2006 versions of the UNCITRAL Model Law.

15. In 2020 the SOAS Arbitration Project updated the number of arbitral centres operating in 39 African countries to 91. This list is currently being updated to extract those that administer arbitrations from those that do not administer arbitration cases. The 2020 list is available at: <https://onyema-arbitration.co.uk/wp-content/uploads/2023/01/List-of-Known-Arbitration-Institutions-in-Africa.pdf>.

16. The following eleven African countries arbitration laws are based on the UNCITRAL Model Law: Egypt, Kenya, Madagascar, Mauritius, Nigeria, Rwanda, South Africa, Tunisia, Uganda, Zambia, and Zimbabwe, as at 2 February 2023.

17. South Africa Arbitration Act 1965 with text available at: https://www.gov.za/sites/default/files/gcis_document/201505/act-42-1965.pdf.

18. Article 12(1) UNCITRAL Model Law.

19. Section 13 of the Kenyan Arbitration Act 1995 and Section 12 of the Zimbabwe Arbitration Act are in the same terms.

20. The grounds for these are not stated in the said section 10.1.

irregularities of the arbitrator. In addition, Section 13 provides for the removal of an arbitrator where “good cause” is shown. “Good cause” is said to include,

failure on the part of the arbitrator or umpire to use all reasonable dispatch in entering on and proceeding with the reference and making an award or, in a case where two arbitrators are unable to agree, in giving notice of that fact to the parties or to the umpire.²¹

Thus, under the domestic arbitration regime in South Africa, where an arbitrator misconducts himself, commits gross irregularity or exceeds his powers, or where the award was improperly obtained, the only remedy is for the arbitral award to be set aside. This is seen in the cases examined below under this 1965 Act.

The Nigerian Arbitration and Conciliation Act (ACA) 1988,²² under Section 8, requires prospective arbitrators approached for appointment to disclose any circumstances that is known to them which is, “likely to give rise to any justifiable doubts as to his impartiality or independence.” This duty of disclosure is a continuing one which subsists throughout the arbitral proceedings. Section 8(3) then provides that an arbitrator may be challenged, “(a) if circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence; or (c) if he does not possess the qualifications agreed by the parties.”²³

Section 30 of the Nigerian ACA then refers to the setting aside of the award where the arbitrator has misconducted himself or where the arbitral proceedings or award was improperly procured. This Section 30 also provides for an arbitrator that has misconducted himself to be removed by the court.²⁴ Some of the Nigerian cases examined below refer to the misconduct of the arbitrator.

The Ghana Alternative Dispute Resolution Act 2010 also provides for disclosure by arbitrators and their challenge where circumstances exist, “that give rise to reasonable cause to doubt as to the arbitrator’s independence or impartiality”.²⁵

It therefore follows that under the arbitration laws of some African states, a positive duty of disclosure is imposed on the arbitrator, and the arbitrator can be challenged on clearly defined grounds of lack of impartiality and independence, misconduct and gross irregularity. In addition, the final award may be set aside on the basis of these grounds including the improper procurement of the award, as a matter of public policy.

A2. Arbitration Rules

The Arbitration Rules of some of the prominent arbitration institutions in these jurisdictions, also include disclosure requirements which mirror those under the UNCITRAL Arbitration Rules.²⁶ Article 11 of the UNCITRAL Arbitration Rules provides:

21. Section 13(2)(b) South Africa 1965 Arbitration Act.

22. There is a revised Arbitration and Mediation Bill for Nigeria. This bill was passed by the Nigerian Legislature in 2022 and awaits the assent of the Nigerian President who should leave office in May 2023.

23. This Section 8(3) does not include a (b) and again mirrors article 12(1) and (2) of the UNCITRAL Model law.

24. Section 30(2) Nigerian Arbitration and Conciliation Act 1988.

25. Section 15(3) Ghana ADR Act 2010.

26. For example, article 13 of the Arbitration Foundation of Southern Africa (AFSA International Arbitration Rules 2021, text is available at: <https://arbitration.co.za/international-arbitration/international->

When a person is approached in connection with his or her possible appointment as an arbitrator, he or she shall disclose any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his or her impartiality or independence. An arbitrator, from the time of his or her appointment and throughout the arbitral proceedings, shall without delay disclose any such circumstances to the parties and the other arbitrators unless they have already been informed by him or her of these circumstances.²⁷

The Arbitration Rules of the Nairobi Centre for International Arbitration (NCIA) 2019 includes more express details under Rule 8 that,

- (1) An arbitrator conducting an arbitration under these Rules shall be impartial and independent of the parties and shall not act in the arbitration as advocate for any party.
- (2) An arbitrator shall not, whether before or after appointment, advise any party on the merits or outcome of the dispute.
- (3) Prior to the appointment or confirmation by the Centre, a prospective arbitrator shall, [...] (c) sign a declaration to the effect that there are no circumstances known to him that are likely to give rise to any justified doubts as to his impartiality or independence, other than the circumstances disclosed in the arbitrator's declaration.

The provisions of the Rules effectively require the prospective arbitrator to make necessary disclosures before accepting the appointment, and whenever any circumstance that may raise doubts as to his or her impartiality or independence arises during the arbitration. Similar provisions are included in the 2018 Arbitration Rules of the Lagos Court of Arbitration.²⁸ These all give effect to the UNCITRAL arbitration regime standard and the requirements for arbitrator disclosure, and grounds for challenge of the arbitrator.

The next section examines how some national courts in common law African states have interpreted and applied these provisions.²⁹

B. Decisions by some national courts

This section discusses the decisions of some national courts on arbitrator disclosure (B1), basis of arbitrator challenge (B2), the test for the challenge of arbitrators (B3), the time to challenge arbitrators (B4), and the procedure for arbitrator challenge (B5).

rules/. Articles 14 and 15 of the Lagos Chamber of Commerce International Arbitration Centre (LACIAC) Arbitration Rules 2016, text is available at: <https://arbitration.co.za/international-arbitration/international-rules/>. See also section 53 of the Nigerian ACA and the First Schedule to the ACA.

27. Article 17 of the Kigali International Arbitration Centre (KIAC) Rules 2012 are in the same terms.

28. Article 14 of the Lagos Court of Arbitration (LCA) Rules 2018, available at: <https://www.lca.org.ng/wp-content/uploads/2018/07/AMENDED-LCA-RULES-ilovepdf-compressed.pdf>.

29. Access to decisions on arbitrator challenges by arbitration institutions in these African states is limited because such decisions are not published.

B1. Arbitrator's duty to disclose

On disclosure, in the Nigerian case of *Gobowen Exploration and Production Limited v Axxis Petroconsultants Limited*,³⁰ the arbitrator failed to disclose that he was the brother-in-law of the respondent's lead counsel. In addition, the same lead counsel was a director and shareholder in a separate company that provided secretarial services to the respondent. Finally, one of the partners in counsel for the respondent's law firm was also a director and shareholder in both the respondent company and the company providing secretarial services.

The applicant submitted that it only became aware of these relationships after the award was rendered. It therefore challenged the enforcement of the award on the basis that the arbitrator misconducted himself by his failure to disclose these personal relationships. And that this misconduct gave rise to serious doubts of his impartiality and independence and created a real likelihood of bias.³¹ In defence, the respondent argued that both parties were fully aware of the relationship between the arbitrator and the respondent's lead counsel.

The Nigerian Federal High Court held that the failure by the arbitrator to disclose his relationship with the respondent, its lead counsel and the secretarial company, gave rise to a real likelihood of bias.³² It found, further, that this also raised questions about the arbitrator's impartiality as the non-disclosure had deprived the parties of the opportunity to consider the significance of the relationships, to enable them to decide whether or not to challenge the arbitrator. The court thereby set aside the award on the basis of the arbitrator's non-disclosure.

Akeredolu and Umeche are of the view that the evidence on the record did not support the finding by the court of a relationship between the challenged arbitrator and the secretarial company. The authors however agree with the decision of the court regarding the family relationship between the appointing counsel and the arbitrator. The authors conclude that:

Although each case is to be decided on the basis of its peculiar facts and circumstances, it is not enough to merely establish a connection. An applicant must go a step further to show circumstances which can be construed in a manner that leads to the inevitable conclusion that the arbitrator's independence and (or) impartiality has been compromised. [...] From a Nigerian cultural perspective, family relationship, whether by consanguinity or affinity are taken rather seriously [...] C ought to have disclosed his relationship with D. [...] Indeed in a Nigerian context, such close relationship are (sic) likely to give rise to strong allegations of bias or real likelihood of bias.³³

This author notes that the only issue relevant to the arbitrator, in this case, is his lack of disclosure of his personal relationship with the lead counsel to the respondent. However, it appears from the decision of the court that it was influenced

30. *Gobowen Exploration & Production Limited v Axxis Petroconsultants Limited*, Suit No. FHC/L/CS/1661/2013 (Unreported). Judgement delivered on 23 November 2015.

31. For a commentary on the *Gobowen v Axxis* decision, see Abimbola AKEREDOLU and Chinedum Ikenna UMECHE, "Arbitrators' impartiality and independence: commentary on *Gobowen v AXXIS*", vol. 34, *Arbitration International*, 2018, 143 at page 144.

32. *Ibid*, at page 146 which referred to page 94 of the Federal High Court judgment.

33. *Ibid*, at pages 147-148 (without citations).

by the other two relationships between the counsel team and the respondent. The author therefore agrees with the conclusion drawn by Akeredolu and Umeche in their commentary.

In the Zambian case of *National Pension Scheme Authority v Sherwood Greene Limited*, the applicant sought to set aside the award on the ground of public policy due to the non-disclosure of relevant circumstances by the arbitrator.³⁴ In this case, the sole arbitrator was appointed by the court on the recommendation of the respondent which application was not opposed by the applicant. The applicant contended that at the time of the arbitration the arbitrator failed to disclose that her law firm was representing the respondent in a separate matter at the High Court. The records of the arbitration showed that the applicant requested further information from the sole arbitrator of this circumstance. The sole arbitrator in response confirmed the circumstance and noted that the High Court matter was being handled by an associate at the law firm and there was no relationship between the court matter and the arbitration. The parties appear to have accepted her clarification and the arbitration proceeded. Following the issuance of her final award, the applicant challenged the award on this same basis.

The High Court decided that the arbitrator failed to volunteer the relevant information on the relationship between her firm and one of the parties. In other words, that she did not proactively disclose this information. The court found that the arbitrator made her decision that she was impartial and fit to continue with the arbitral proceedings without inquiring from the parties if they wished her to continue as arbitrator³⁵ and, finally, that there was no evidence before the court that either of the parties made a positive expression for the sole arbitrator to continue. The court then concluded that therefore the sole arbitrator failed to meet her obligation to make necessary disclosures as required under the Zambian Arbitration Act and the Arbitration (Code of Conduct and Standards) Regulations.

The facts of this case raise several concerns. It is not clear why a participating party in the application before the court to appoint the arbitrator did not challenge the appointment of the arbitrator recommended by one party as the sole arbitrator. Having so accepted the appointment, the correct course of action was for the party to challenge the arbitrator when it came into the relevant information. But the party decided, instead, to seek clarification, which was provided by the arbitrator.

It is arguable that the clarification provided by the arbitrator amounts to a disclosure, and this author's opinion is that it was. This is because all parties including the arbitrator were then aware of the relationship. If following such 'disclosure' the parties continued with the arbitration with the same arbitrator, without raising a challenge of the arbitrator, it is tenuous for the court to find that the parties did not make any positive assent to the continuation of the arbitration by the sole arbitrator. The parties were duly notified of the relevant circumstances and made an informed decision to proceed with the same arbitrator.

In addition, the court was wrong to find that the sole arbitrator decided that she was impartial. This is because there was no challenge filed against her by any of the parties for her to determine. The correct finding should have been that

34. *National Pension Scheme Authority v Sherwood Greene Limited* [2018] ZMHC 300.

35. *National Pension v Sherwood*, at page J25.

one party asked for clarification, which the arbitrator provided. The parties did not challenge her appointment but instead proceeded with the arbitration. In the view of the author, the finding of the court in this case was not supported by the evidence or submissions of the parties.

One case in recent years that has exercised the Nigerian arbitration community is the decision of the High Court of Lagos State (Nigeria) in *Global Gas & Refinery Limited v Shell Petroleum Development Company*.³⁶ The court set aside an ICC³⁷ award for lack of disclosure of an alleged relationship between the presiding arbitrator and the respondent in the arbitration (Shell).³⁸ The ICC determined the challenge to the arbitrator during the arbitration and rejected it. The alleged relationship was based on the fact that the presiding arbitrator gave an expert opinion as a barrister in a litigation involving the parent company of Shell in a separate matter not connected to the dispute in the ICC arbitration.

In addition, it was also alleged that there was a relationship between the respondent's counsel, the co-arbitrator nominated by the respondent and the presiding arbitrator who all were members of the governing board of an arbitration institution in Lagos, which was formed while the arbitration was pending. This fact was also not disclosed by the presiding arbitrator.

Shell won the arbitration by a majority decision of the said co-arbitrator and the presiding arbitrator. The respondent noted that in the said litigation, the presiding arbitrator (along with another Nigerian lawyer) only acted as expert on the issue of assessment of damages under Nigerian law in the court litigation. The court formulated the issue before it as whether it can set aside the award on the ground of "*misconduct on the part of an arbitrator in arbitral proceedings that may necessitate the setting aside of a final award*".³⁹ The High Court noted that the issue of arbitrator bias and non-disclosure as raised in this case falls within the parameters of misconduct.⁴⁰

Abdulkareem and Tijani in their commentary on this decision are of the view that the decision that,

An arbitrator who is challenged should make no defence but should simply withdraw, runs directly contrary to the guidance in earlier decisions (and it is unclear) the basis on which the presiding arbitrator's earlier work was considered to constitute a conflict of interest in respect of the arbitration.⁴¹

Abdulkareem and Tijani then reassured the users of arbitration in Nigeria that this decision is "*an outlier [and] it is safe to conclude that Nigerian law does not hold that a challenged arbitrator must immediately resign*".⁴²

On appeal, the Nigerian Court of Appeal on 20 February 2023 set aside the decision of the High Court and ordered a rehearing before another judge of the

36. *Global Gas & Refinery Limited v Shell Petroleum Development Company* (unreported – Suit No. LD/1910/2017) decision of 25 February 2020.

37. The International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce (ICC).

38. For example, Hamid ABDULKAREEM & Lolade TIJANI, "Once challenged, should an arbitrator withdraw? A consideration of Nigerian jurisprudence", Ibanet, 24 November 2021 with text available at <https://www.ibanet.org/once-challenged-should-arbitrator-withdraw-Nigeria-jurisprudence>.

39. *Global Gas v Shell* (2020) at page 12.

40. *Global Gas v Shell* (2020) at page 16.

41. Hamid ABDULKAREEM and Lolade TIJANI, (2021) at page 5.

42. *Ibid.*, at page 5.

Lagos High Court.⁴³ The ground for setting aside the High Court decision was for lack of fair hearing and not on the substantive issue raised by the arbitration on the non-disclosure of certain circumstances by the presiding arbitrator.

B2. Basis of Arbitrator Challenge

This section discusses the relevant facts and merits of some of the decisions.

Inflation of Credentials

In the bizarre Tanzanian case of *Oryx Oil Company Limited v Oilcom Tanzania Limited*,⁴⁴ one of the arbitrators in a three-member tribunal inflated his curriculum vitae (CV) to the effect that he had acted as sole consultant for his appointing party ten years earlier. The other party challenged his appointment on the basis that he enjoyed a close relationship with his appointing party (the respondent in the arbitration) which the arbitrator failed to disclose; and that this raised justifiable doubts as to his impartiality. The challenge application was filed before the Tanzanian High Court. In a statement from the arbitrator in response to the challenge, he denied any previous association with the respondent, noting that he had never worked or rendered any services for a fee to the respondent. The arbitrator explained that he worked for a Joint Venture undertaking whose client was the Ilala Municipal Council who engaged him. And that he included the relationship with the respondent in his CV to enhance his credentials by being linked to a major company at the time.

The court considered that the arbitrator was one of a three-member tribunal so that the party that appointed this arbitrator would not have had any advantage if it had any previous association with the arbitrator. The court then noted that inflation of credentials by the arbitrator did not equate to bias. Interestingly, the court held that by the arbitrator signing the statement of independence form annexed to the Regulations,⁴⁵ he had committed to being independent and impartial negating any aspersions against his conduct. In dismissing the application, the court said:

While the act of inflating the arbitrator's credentials is in bad taste and borders on misrepresentation, the effects arising out of this inaccuracy cannot be said to bring about any sense of (or) feeling that the arbitrator may be biased in his operation. I am hardly convinced that the same can amount to or result in the disqualification, or truncation of his participation in the arbitral proceedings. As I appreciate that this anomaly is stronger than a mere keyboard error, I take the conviction that the same cannot be a justifiable reason for "baying for the arbitrator's blood". It brings nothing to suggest, albeit remotely, that bias would be bred out of this misstatement and form the basis for recusal. Instead,

43. *The Shell Petroleum Development Company of Nigeria Limited v Global Gas and Refining Limited*, appeal No. Ca/LAG/CV/1038/2021, decision delivered on 20 February 2023, at page 18.

44. *Oryx Oil Company Limited & Oryx Ernergies SA v OilCom Tanzania Ltd* [2022] TZHC 13966.

45. Arbitration (Rules of Procedure) Regulations 2021 of Tanzania. See Regulation 15 with reference to Form No. 1 in the Fourth Schedule to the Regulations.

I consider it as a trifling misstatement which should not be hyped beyond what it is.⁴⁶

It is the author's view that the court was quite generous to the arbitrator who had effectively and deliberately made a dishonest statement in his CV to get the appointment. At least the court recognised this much, and the individual is named in the judgment which may possibly send a warning to future appointors of that individual, as well as to appointees generally.

It is recognised that the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (IBA Guidelines) do not make any provisions for such circumstances. However, it is the view of this author that the court could have been more severe with the arbitrator (to serve as a deterrent) and accepted the challenge. This would discourage the practice of dishonest inflation of CVs by prospective arbitrators. This issue is particularly important since appointors rely heavily on information on the CVs of arbitrators and any further disclosures they make on their experiences as arbitrators. It is obvious that appointors should be able to rely on such information. This decision was therefore a missed opportunity for the Tanzanian courts to help with sanitising the system.

Interruption of Counsel during Submissions

In the South African case of *AJ Du Toit N.O. v The Road Accident Fund*,⁴⁷ the respondent counsel during the arbitration sought an order from the arbitrator for the applicant to undergo a psychiatric assessment by a named psychiatrist. The sole arbitrator on its own accord initiated a debate on the impact of this request on the constitutional right to privacy of the applicant in the arbitration. The arbitrator also interrupted respondent counsel during the submissions and dismissed the application for the applicant to submit to psychiatric evaluation, made by the respondent. The respondent challenged the decision of the arbitrator on the basis that it was not given an opportunity to fully present its argument as the arbitrator summarily and unexpectedly dismissed the application, and that the actions of the arbitrator led the respondent to believe that the arbitrator was biased against it.

The first instance judge found that the manner in which the arbitrator conducted himself was grossly irregular and displayed an attitude of pre-judgment, such that a fair-minded person would reasonably have suspected that he would not determine the question before him with a fair and unprejudiced mind. On appeal, a majority of the three judges agreed that the respondent in the arbitration was not given a fair opportunity to present its case properly and adequately. The dissent focused on the lack of proof of reasonable apprehension of bias by the respondent, which the judge noted was the high threshold set by the courts in South Africa for a finding of real or perceived bias. The dissent was of the view that the respondent was indeed given the opportunity to respond to the constitutional right to privacy issue and simply because the arbitrator was not impressed with their argument and dismissed the application would not amount to a grave irregularity or apparent bias.

46. *Oryx Oil v OilCom* [2022] at pages 14-15.

47. *AJ Du Toit N.O. v The Road Accident Fund* (A590/09) [2010] ZAWCHC 99.

Ex parte Communication

In *Lufuno Mphaphuli & Associates (Pty) Ltd v Andrews and Another*,⁴⁸ the Constitutional Court of South Africa, by a majority, decided that Section 34 of the South Africa Constitution (on fair trial) does not apply to private arbitrations because arbitrations have always been required to be conducted in a fair manner; and in the particular case, that whilst the conduct of the arbitrator (*ex parte* communication and exclusion of one party) may not have been perfect, it did not give rise to a gross irregularity to lead to the setting aside of the award.⁴⁹ The minority decision was to the effect that Section 34 of the South African Constitution applies to private arbitration and in this particular case, that the conduct of the arbitrator gave rise to gross irregularities.

It is not clear how the requirements of fair trial do not apply to arbitration which, though private, remains a tool for justice delivery. Furthermore, Section 34 of the South African Constitution of 1996 provides that, “[e]veryone has the right to have any dispute that can be resolved by the application of law decided in a fair public hearing before a court or, where appropriate, another independent and impartial tribunal or forum.”⁵⁰ This author is of the view that arbitration is obviously such an “independent and impartial tribunal or forum”.

Misconduct

Some of the arbitration laws also refer to misconduct of the arbitrator.⁵¹ This refers to the expansive common law ground of misconduct. The Nigerian Court of Appeal in *Triana Ltd v Universal Trust Bank Plc*, admitted that the list of behaviours that fall under misconduct is “inexhaustive” and generally identify “certain conducts to be of such prejudicial nature as to amount to misconduct within the ambit of the law.”⁵² Examples of such conduct, according to the Nigerian Supreme Court in *Taylor Woodrow v Suddeutsche Etna Werk GmbH*, include where the arbitrator fails to comply with the arbitration agreement, or where the arbitrator has been bribed or corrupted.⁵³ In *Taylor Woodrow*, the Supreme Court described misconduct as “where an arbitrator had done anything either expressly or impliedly for which a reasonable by-stander would conclude that he was not fair to both parties,” and confirmed that the misconduct needs to be material so as to negatively impact on the final award or lead to the removal of the arbitrator.

48. *Lufuno Mphaphuli & Associates (Pty) Ltd v Andrews and Another* [2009] ZACC 6.

49. This was a decision under the 1965 Arbitration Act of South Africa.

50. The text of the Constitution of South Africa, 1996 is available at: <https://www.gov.za/documents/constitution-republic-south-africa-1996>.

51. For example, Section 30(1) Nigerian Arbitration and Conciliation Act 1988; Section 33(1)(b) of the 1965 South African Arbitration Act refers to gross irregularity in the conduct of the arbitration proceedings by the arbitrator, or the arbitrator exceeded its powers.

52. *Triana Ltd v Universal Trust Bank Plc* [2009] LPELR-8922(CA).

53. *Taylor Woodrow v Suddeutsche Etna Werk GmbH* (1993) 4 NWLR (Pt. 286) 127. The Nigerian Supreme Court in *Crompton Commercial & Industrial SPR Limited v Ogun State Water Corporation and another* [2002] 9 NWLR (pt. 773) 629, gave examples of circumstances that will amount to technical misconduct.

It is obvious from these cases that the concept of misconduct is amorphous, and its scope is not clearly defined. This creates uncertainty in the law. It is particularly gratifying to note that the 2017 South African International Arbitration Act does not include misconduct in its provisions, setting a good example for other African common law jurisdictions, such as Nigeria, to follow when they review their arbitration laws.⁵⁴

Breach of Public Policy

In *Zambia Telecommunications Company Limited v Celtel Zambia Limited*,⁵⁵ an application to set aside the award was determined by the Supreme Court of Zambia. One of the grounds for the application was public policy for breach of Section 17(2)(b) of the Zambian Arbitration Act. The relevant facts were that the presiding arbitrator accepted another appointment as arbitrator during the pendency of the current arbitration, from the defendant's advocate, two days before the issuance of the award in issue. The applicant contended that the acceptance of the appointment by the presiding arbitrator was perceived as having influenced the decision of the tribunal. In addition, the presiding arbitrator did not disclose the fact of the appointment. The applicant lost the arbitration.

The application for setting aside the award was couched in terms that the failure of the presiding arbitrator to disclose, and his acceptance of, the appointment, compromised his impartiality thus creating the impression that justice may not have been seen to have been done and therefore the circumstance was irregular, illegal and repugnant to the principles of justice under Zambian law. The respondent submitted in response that the application was an attempt by the losing party to indirectly appeal the award since it could not impugn the award on its merits. In recounting the appointment procedure in the second arbitration, it appears counsel to the appellant (as co-arbitrator) and a second co-arbitrator jointly agreed to appoint the same presiding arbitrator. And the presiding arbitrator later withdrew as arbitrator from the second arbitration.

The first instance court found that the presiding arbitrator should have disclosed his appointment to the parties and that this failure created an impression of possible bias which was sufficient for the award to be set aside. On appeal, the Zambian Supreme Court noted that the perception of bias was assessed on an objective standard and on the facts noted,

The perception would have been that because of his failure to disclose his interest in the other matter in which one of the advocates appearing before this Tribunal, was one of the two advocates who appointed him and the fact that the advocate, namely [xxx], was also a member of the Tribunal to which [the arbitrator] was appointed, his possible conflict of interest could not be ruled out.⁵⁶

54. The revised Nigerian Arbitration and Mediation Bill (section 8) mirrors more closely the grounds for arbitrator challenge under the UNCITRAL Model Law.

55. *Zambia Telecommunications Company Limited v Celtel Zambia Limited*, SCZ Judgment No. 34 of 2008, 768 with text available at: <https://zambialii.org/zm/judgment/supreme-court-zambia/2008/23>.

56. *Zambia Telecommunications v Celtel* (2002) at page 781.

The court continued,

It is however public policy that a person ought to be tried by an impartial tribunal. In this case the learned Chairman's [presiding arbitrator] involvement in this case without disclosing his interest in the other arbitral tribunal could easily be perceived as being contrary to public policy because the perceptions from the objective test, would have been that a likelihood of bias or possible conflict of interest could not be ruled out. It was on this ground that the award was set aside.⁵⁷

The court then concluded,

We totally agree that the learned Chairman's [presiding arbitrator] failure to disclose the fact that he had been appointed to another [arbitration] by one of the advocates in the proceedings under review, raised the question of perceived bias against him. ... The challenge of the Arbitral Tribunal's award made on 28th May, 2004 based on perceived bias on the part of the Chairman [presiding arbitrator] was reasonable.⁵⁸

The commendable point with this decision is that the presiding arbitrator embroiled in this matter was himself a sitting High Court Judge.⁵⁹ In this author's view, the challenge was correctly decided with particular importance being given to the lack of influence or partiality of the judges themselves who may have been influenced by the fact that the individual in the center of this allegation was one of their own. Counsel to the respondent in the challenge made submissions in this regard as though judges were different from other individuals who serve as arbitrators. This independence of the Zambian judiciary should be applauded. The importance of disclosure and timing of such disclosure by arbitrators are again central in the determination of these issues.

B3. Test for Challenge of Arbitrator

This section identifies the test that the courts applied when deciding arbitrator challenge.

In *Zadock Furnitures Limited and Another v Central Bank of Kenya*,⁶⁰ the High Court of Kenya set out the test for bias or prejudice as "*whether there is real danger that the arbitrator is biased*", and to apply the standard of any reasonable person looking at what the arbitrator has done, *i.e.*, whether the person will have the impression that in the circumstances of the case, there was a real likelihood of bias. Again, in *Mistry Jadva Parbat Company Limited v Grain Bulk Handlers Limited*, the sole arbitrator was removed for not treating the parties equally. The test applied by the High Court of Kenya was "*whether the arbitrator's conduct was such as to destroy the confidence of the parties, or either of them, in his ability to come to a fair and just conclusion.*"⁶¹

57. *Zambia Telecommunications v Celtel* (2002) at page 782.

58. *Zambia Telecommunications v Celtel* (2002) at page 783.

59. The practice in Zambia allows sitting judges to accept appointments as arbitrators in their personal capacity.

60. *Zadock Furnitures Limited and Another v Central Bank of Kenya* [2014] eKLR.

61. *Mistry Jadva Parbat Company Limited v Grain Bulk Handlers Limited* [2012] eKLR.

In the Zimbabwean case of *Leopard Rock Hotel Co (Pvt) Ltd and another v Wallen Construction (Pvt) Ltd*,⁶² the Supreme Court formulated the question as whether there exist circumstances which may engender a belief in the mind of a reasonable litigant that in the proceedings concerned he would be at a disadvantage. This is a two-fold test: (i) the person considering the alleged bias must be reasonable; (ii) the apprehension of bias itself must also be reasonable in the circumstances of the case.⁶³

As discussed above, in *Global Gas & Refinery Limited v Shell Petroleum Development Company*, the Lagos High Court confirmed that the test is that of likelihood of bias and measured against an objective standard.⁶⁴ This was also the test adopted by the Nigerian Federal High Court in *Gobowen v Axxis*, that of a real likelihood of bias.⁶⁵

In South Africa, the Constitutional Court in *S and Others v Van Rooyen and Others*, summarised the test for independence as “whether the court, from an objective standpoint of a reasonable and informed person, will be perceived as enjoying the essential conditions of independence.”⁶⁶ And for impartiality, the test is “whether a reasonable, objective and informed person would, on correct facts, reasonably apprehend that the judge will not bring an impartial mind to bear on the adjudication of the case.”⁶⁷ The South African Constitutional Court also notes that when considering the issue of appearances or perceptions, the test is an objective one.⁶⁸

In South Africa, there is a high threshold for a finding of real or perceived bias by the courts.⁶⁹ The decision in *Dlamini v Tshwane University of Technology and Others*, demonstrates this high threshold.⁷⁰ This was a domestic arbitration case under the 1965 Arbitration Act of South Africa. Dlamini applied to set aside the arbitration award issued by the third respondent (as a sole arbitrator) on the grounds of apparent bias and failure to disclose material interests in the dispute. The non-disclosure included an alleged prior relationship between the arbitrator and the first respondent where the arbitrator had previously provided services (for payment) to the first respondent. The arbitrator was also alleged to have had a business relationship with an employee of the first respondent.⁷¹ Finally, an allegation that during the arbitration proceedings, the first respondent accepted an offer to fix the motor vehicle clutch of the arbitrator. Dlamini alleged that these relationships influenced the arbitrator to determine the dispute in favour of the first respondent,

62. *Leopard Rock Hotel Co (Pvt) Ltd and another v Wallen Construction (Pvt) Ltd* [1994] 1 ZLR 225.

63. See Davison KANOKANGA, *Commercial Arbitration in Zimbabwe*, Juta and company, 2020, pages 81-85 for some cases on arbitrator bias in Zimbabwe.

64. *Global Gas & Refinery Limited v Shell Petroleum Development Company* (unreported – Suit No. LD/1910/2017) decision of 25 February 2020.

65. *Gobowen Exploration & Production Limited v Axxis Petroconsultants Limited*, Suit No. FHC/L/CS/1661/2013 (Unreported). Judgement delivered on 23 November 2015.

66. *Hermanus F. Van Rooyen and Others v The State and Others (General Council of the Bar of South Africa Intervening)* [2002] 5 SA 246 (CC) at paragraph 32.

67. *Hermanus F. Van Rooyen v The State* (2002) at paragraph 33.

68. *Hermanus F. Van Rooyen v The State* (2002) at paragraph 33.

69. *South African Commercial catering and Allied Workers Union & Others v Irvin and Johnson Ltd (Seafoods Division Fish Processing)* [2000] 3 SA 705 (CC) at paragraph 15.

70. *Dlamini v Tshwane University of Technology and Others* (JR1909/12) [2019] ZALCJHB 104.

71. *Dlamini v Tshwane* (2019) at paragraph 55.

and that if he had known of the prior relationship between the arbitrator and the first respondent, he would not have agreed to the selection of the arbitrator (who was appointed from a panel of five individuals).

The Labour Court held that even if the arbitrator had provided services to the first respondent as alleged by the applicant, this would not be enough to constitute misconduct or gross irregularity, and that the court will need more than mere allegations of a relationship but, instead, evidence that the relationship exists, which in the case the applicant had failed to prove. The court held, moreover, that the arbitrator was under no obligation (under the 1965 Act) to disclose relationships with one of the parties that could create a perception of impartiality, and that it was for the parties to ask the arbitrator to make such disclosures before accepting the arbitrator's appointment. The court held that allowing investigations into the prior relationships after the fact, could lead to an abuse of applications to set aside arbitral awards, and concluded that there was not enough proof to show that the arbitrator conducted himself in a manner that was not independent or impartial.

This decision raises some serious concerns on at least two levels. The first being that of the party with the burden to disclose. All modern laws of arbitration (including the 2017 South African Arbitration Act) place the burden of disclosure on the arbitrator.⁷² The IBA Guidelines,⁷³ also place the burden of disclosure on the arbitrator, as do several other codes of conduct for arbitrators.⁷⁴ Standard 3 of the IBA Guidelines on disclosure states,

If facts or circumstances exist that may, in the eyes of the parties, give rise to doubts as to the arbitrator's impartiality or independence, the arbitrator shall disclose such facts or circumstances to the parties, the arbitration institution or other appointing authority (if any, and if so required by the applicable institutional rules) and the co-arbitrators, if any, prior to accepting his or her appointment, or, if thereafter, as soon as he or she learns of them.

This provision of the IBA Guidelines sets out clearly the modern expectation from arbitrators as it relates to disclosure. This is an obligation on the arbitrator who is best placed to have relevant information and who is the decision maker (not the disputing party). It is the influence on the decision maker (arbitrator) that may negatively impact the party, which is why the obligation of disclosure rests with the arbitrator.

The second major concern is the balance to be struck between protecting the final award and its enforceability, and the observance of due process in the arbitration. This theme is evident in some of the decisions alleging arbitrator lack of impartiality and independence in various African states. Some national courts appear to be overly protective of the arbitral award while some others appear not, when the award is challenged over allegations of bias against the arbitrator. This author is supportive of maintaining a high threshold for litigants to meet when they

72. For example, article 12(1) of the UNCITRAL Model Law; and article 11 of the UNCITRAL Arbitration Rules.

73. IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (2014) available online at: <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=e2fe5e72-eb14-4bba-b10d-d33dafee8918>.

74. For example, the Singapore International Arbitration Centre (SIAC) Code of Ethics for an Arbitrator with text available at: <https://siac.org.sg/code-of-ethics-for-an-arbitrator>.

challenge an arbitrator or the final award on the ground of the lack of impartiality or independence or failure of disclosure by the arbitrator of any circumstance.

It is accepted that African national courts must indeed protect the finality of the arbitral award or the jurisdiction of the arbitrator against frivolous challenges. However, this need must at the same time be balanced against the need to ensure that their justice delivery system (of which arbitration is part) does not become opaque and foggy such that justice is not seen to be done.⁷⁵ This latter state is as bad as such courts being overly zealous or interventionist in arbitration proceedings or setting aside its outcome. Such a stance impacts on the legitimacy of arbitration as a dispute resolution system that parties can trust and rely upon for the efficient and fair resolution of their disputes, and a true alternative to litigation before national courts.

The decisions discussed above do not habitually make any reference to the International Bar Association (IBA) Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (IBA Guidelines). One of the discussed decisions that referenced the IBA Guidelines was the Nigerian case of *Gobowen v Axxis* discussed above.⁷⁶ The IBA Guidelines are also annexed to the Arbitration Rules of the Lagos Chamber of Commerce International Arbitration Centre (LACIAC) as Annex II.⁷⁷ Under Article 1.3 of the said Rules, arbitrators by accepting appointment to serve under the Rules, “agree to be guided by the [...] International Bar Association Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitration.”

The introduction to the IBA Guidelines notes the hope of its drafters that the guidelines “will assist parties, practitioners, arbitrators, institutions and courts in dealing with these important questions of impartiality and independence.” The drafters also hoped that national courts will be guided by the IBA Guidelines in their arbitrator challenge decision making.⁷⁸ In addition to national courts, it is necessary for counsel and parties to also familiarise themselves with the IBA Guidelines. This will assist them in their decision on whether to challenge arbitrators and the type of evidence they may need to support such challenge. It is also notable that these African courts regularly refer to the decisions of the English courts on the issues of disclosure, lack of impartiality and independence. This is understandable as these jurisdictions follow the common law tradition and English court decisions continue to have strong persuasive value.

B4. Time to Challenge Arbitrators

On the timing for the challenge of arbitrators, national laws and arbitration rules set out strict timelines. For example, the UNCITRAL Model Law and the UNCITRAL Arbitration Rules provide for fifteen days after the challenging party

75. In accordance with the maxim that justice must not only be done but must also be seen to be done.

76. *Gobowen Exploration & Production Limited v Axxis Petroconsultants Limited*, Suit No. FHC/L/CS/1661/2013 (Unreported). Judgement delivered on 23 November 2015 – discussed above at section B1.

77. LACIAC Arbitration Rules 2016 with text available at: <https://www.laciac.org/wp-content/uploads/2021/03/LACIAC-Arbitration-Rules-2016.pdf>.

78. Margaret MOSES, “The role of the IBA Guidelines on Conflicts of Interests in Arbitrator Challenge” (Kluwerblog) available at: <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/11/23/role-iba-guidelines-conflicts-interest-arbitrator-challenges/>.

becomes aware of the relevant circumstances to support the challenge.⁷⁹ The Nigerian ACA and the Ghana ADR Act both also provide for fifteen days, similar to the Model Law.⁸⁰ The NCIA also requires fifteen days.⁸¹ However, KIIAC arbitration rules reduce this period to fourteen days from the challenging party becoming aware of the relevant information.⁸²

However, if a party becomes aware of a circumstance which may form the basis for a challenge of the arbitrator following the issuance of the final award, it may then seek annulment or challenge the enforcement of the award, on the same basis but under different provisions of the law. Under the Model Law, such a challenge may be brought under Articles 34(2)(a)(iv) (improper composition of the tribunal), 34(2)(b)(ii) (public policy), 36(1)(a)(iv) (improper composition of the tribunal), or 36(1)(b)(ii) (public policy). The same applies under the national laws of the African states discussed in this paper.

The Zambian High Court (Lusaka) in *Konkola Copper Mines Plc v Copperfields Mining Services Limited*,⁸³ in an arbitral award setting aside proceeding, held that where a party raises doubts as to the impartiality or independence of an arbitrator, the party, “was obliged to challenge the appointment of the concerned member of the tribunal in terms of Article 12(2) of the First Schedule to the Act [UNCITRAL Model Law].”

The court then provides some guidance:

Such a challenge is not only made at the appointment stage but may be raised at any stage of the proceedings. As such the Plaintiff should have taken the steps set out under Article 12 and not waited for the award to be rendered as the allegations made are not a ground for setting aside an award. The Plaintiff’s claim is therefore misconceived on this ground as well.⁸⁴

In this case, the applicant alleged that during a video-recorded site visit, there was *ex parte* communication between one of the arbitrators and the respondent, which ‘prejudiced’ its case and tainted the award. The applicant argued that this amounted to misconduct on the part of the tribunal. In its reasoning, the court set out the provisions of Section 17 of the Zambian Arbitration Act which is in the same terms as Article 36 of the Model Law but includes Section 17(2)(b) iii), “the making of the award was induced or affected by fraud, corruption or misrepresentation.” The court then noted that, “[t]he wording of the Section makes it abundantly clear that the grounds to be proved before an award can be set aside are those set out therein.” And helpfully observed that, “the application to set aside an award is not intended for the Court to review the award of a tribunal or conduct a hearing akin to an appeal.”⁸⁵

The primary basis of the court for refusing to engage with the evidence is the lapse of the time to challenge the arbitrator, which was the correct course of

79. Article 13(2) UNCITRAL Model Law and article 13(1) of the UNCITRAL Arbitration Rules.

80. Section 9(2) Nigeria ACA and section 16(2) Ghana ADR Act.

81. Article 11(3) NCIA Arbitration Rules.

82. Article 18 KIIAC Arbitration Rules.

83. *Konkola Copper Mines Plc v Copperfield’s Mining Services Limited*, 2010/HP/ARB/NO. 002, Decision of 9 September 2010.

84. *Ibid.*, at page 18.

85. *Ibid.*, at page 14.

action for the applicant to have taken. In addition, the applicant at the stage of the award setting aside was already out of time to challenge the arbitrator. The UNCITRAL Model Law that the court referred to provides for a party to challenge within fifteen days after becoming aware of the relevant circumstance referred to under its Article 12.⁸⁶

B5. Procedure for Arbitrator Challenge

Some of the arbitration laws and rules grant the disputing parties the right to determine the procedure for the challenge of the arbitrator and make default provisions.⁸⁷ Notably the UNCITRAL Arbitration Rules provide the arbitrator challenge procedure and does not allow the parties to determine the procedure.⁸⁸ The procedure for the challenge of arbitrators under the national arbitration laws depends on whether the arbitration is *ad hoc* or institutional. Under a majority of institutional rules, the institution itself makes the decision on the arbitrator challenge in the first instance.⁸⁹ Following the provisions of Article 6 of the UNCITRAL Model Law, some laws allow their national courts to finally determine the challenge.⁹⁰ Some of the laws and rules allow the arbitral tribunal itself to determine its challenge in the first instance.⁹¹

The Nigerian ACA allows arbitrators to determine any challenge to their jurisdiction in the first instance in accordance with Section 12(1).⁹² This position was confirmed by the Court of Appeal in *Candide-Johnson & Others v NPA and Others*, where the court held that,

As a consequence of the [competence-competence principle] Tribunal having power to rule on its jurisdiction, neither the parties nor the Tribunal would be required to ask a Court to resolve jurisdiction questions. The principle demands, in turn, that the arbitral tribunal, and not the Court, should in the first instance decide the Tribunal's competence. The power of the arbitral Tribunal to rule on its own jurisdiction is however subject to subsequent control of the Court. The principle protects against an arbitration being derailed before it begins. The arbitral Tribunal (and/or the relevant arbitral institution) need not halt its work just because one side questions its authority.⁹³

86. Article 13(2) UNCITRAL Model Law.

87. For example, Article 13(1) UNCITRAL Model Law.

88. Articles 12(3) and 13 UNCITRAL Arbitration Rules.

89. For example, article 19 KIAC Rules, the KIAC Centre makes the decision. Article 11(6) NCIA empowers the NCIA arbitral Court to decide the arbitrator challenge.

90. For example, section 14(3) Kenya Arbitration Act, section 16(3) Ghana ADR Act (in the case of a sole arbitrator).

91. For example, section 9(3) of Nigeria ACA and section 14(2) Kenya Arbitration Act.

92. Section 12(1) Nigerian Arbitration and Conciliation Act 1988.

93. *Candide-Johnson & others v NPA and Others* (2017) LPELR-45357 (CA).

Conclusion

Modern arbitration laws and rules, which are generally based on the UNCITRAL Model Law and the UNCITRAL Arbitration Rules, set out clearly the arbitrator's obligation to make relevant disclosures before accepting appointment and the continuity of this obligation on the arbitrator. These laws and rules also uphold party autonomy in allowing the parties to provide for the challenge procedure and make default provisions with clearly defined time limits which begin to run from the time the challenging party becomes aware of the facts or circumstances which form the basis of the challenge to the arbitrator.

Under these laws, arbitrators can be challenged on grounds including lack of impartiality and/or independence, misconduct, or serious irregularity. However, under most post-2000 laws (especially those based on the UNCITRAL arbitration regime) misconduct and serious irregularity are no longer grounds for challenge of arbitrators. This makes for greater certainty and clarity of the grounds for the challenge of arbitrators and is very much welcomed. Arbitrators can be challenged during the arbitration or as part of a challenge to the final award.

The case law varies with a clear tension between the need, on the one hand, to uphold arbitration awards or not to frustrate the progression of the arbitral proceedings by allowing frivolous challenges to delay the process and, on the other hand, ensuring that due process is observed, and that justice is not only done but also seen to be done. It appears from the case law that the decisions of most courts are less severe where the alleged lack of disclosure, impartiality or independence affects one arbitrator in a multi-member tribunal than where it affects a sole arbitrator. The reason for this may be because the multi-member tribunal's decision can be made by a majority with the impugned arbitrator having little or no influence over the tribunal. In a sole arbitrator tribunal, the decision is that of the sole arbitrator only.

This article suggests that closer reference to the IBA Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitration by national courts in making arbitrator challenge decisions will lead to greater certainty and transparency in the determination of these issues for the courts and litigants. And these national court decisions will also help in developing international arbitral jurisprudence on issues relevant to arbitrator challenge.

Indépendance et impartialité de l'arbitre en droit de l'OHADA

Joachim BILE AKA
Avocat, Arbitre et Médiateur
Membre de la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI-Paris

RÉSUMÉ

L'arbitrage dans l'espace OHADA, qu'il s'agisse du régime général prévu par l'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage ou de l'arbitrage institutionnel de la CCJA requiert l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre.

Ces qualités sont assurées par l'obligation de révélation de l'arbitre et la collaboration des parties qui exercent un contrôle du respect de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre et peuvent même déclencher des mécanismes de vérification.

L'accès au juge reste possible en cas de désaccord des parties et la jurisprudence dessine les contours de ces obligations d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre.

ABSTRACT

Arbitration in OHADA area, either through the general regime provided by the Uniform act on arbitration law or through the CCJA institutional mechanism provides for the independence and impartiality of the arbitrator.

Those obligations are complied with by the obligation of disclosure of the arbitrator and the parties collaboration which control and ensures the arbitrator independence and impartiality.

The Access to the judge remains possible when the parties disagree and the case law draw the limits of the obligations of the arbitrator's independence and impartiality.

L'une des raisons, inavouées, qui justifie la place accordée à l'arbitrage dans le système judiciaire de l'OHADA est, bien entendu, l'état de la justice étatique dans la quasi-totalité des États membres¹.

Outre la lenteur administrative, incompatible avec la célérité qu'exigent les affaires, l'on évoque officieusement la paire « *indépendance et impartialité* » à propos des acteurs animant l'appareil judiciaire étatique.

1. Sur le système arbitral choisi par les pères fondateurs de l'OHADA, voir Sylvie BEBOHI EBONGO et Alain FENEON, « L'arbitrage OHADA dans les publications internationales », in *Vingt ans d'arbitrage OHADA : bilan et perspectives* : Actes du colloque des 17 et 18 octobre 2019 organisé par la Conférence des Barreaux de l'espace OHADA et JUS AFRICA.

L'arbitrage se présenterait dès lors comme une panacée, du moins une alternative qui assure aux parties un règlement objectif de leur différend. L'arbitrage réduirait le risque de partialité et de dépendance des arbitres.

Cependant l'arbitre n'en demeure pas moins un être humain, avec ses sensibilités, ses convictions, ses instincts...

En faisant fi de la propension qu'il peut avoir à se considérer comme mandataire de la partie qui l'a nommé ou désigné, plusieurs facteurs peuvent affecter ses qualités d'indépendance et d'impartialité.

L'arbitre est formé dans les mêmes conditions que les acteurs judiciaires étatiques de l'État dont il est membre et baigne dans les mêmes paradigmes qu'eux, quant à l'idée de la justice. L'arbitre peut avoir la même nationalité qu'une partie. Le fait qu'une partie soit ressortissant du même continent ou du même espace économique pourrait être un des facteurs susceptibles de l'influencer.

L'impartialité et l'indépendance de celui qui aura la charge de trancher le différend ne vont pas de soi même dans le cadre du recours à l'arbitrage.

C'est à juste titre que le législateur OHADA requiert, dans les différents textes qui encadrent ce mode alternatif de règlement des litiges, cette impartialité et indépendance de l'arbitre.

Le système d'arbitrage issu de l'OHADA garantit aux parties l'impartialité et l'indépendance de l'arbitre².

Le droit OHADA fait de la collaboration des acteurs de l'arbitrage le levier de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre (I), le recours subsidiaire au juge n'en demeurant pas moins utile (II).

I. – La collaboration des acteurs de l'arbitrage comme levier de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre

Les concepteurs du droit OHADA, certainement pour assurer un climat sain et propice aux investissements, ont prévu, dans le corpus de textes relatifs à l'arbitrage, des mécanismes destinés à garantir l'indépendance et l'impartialité des arbitres ou des instruments par lesquels les parties sont en droit d'attendre cette indépendance et impartialités de l'arbitre. Parmi ces mécanismes qui relèvent d'une collaboration des acteurs de l'arbitrage, certains reposent sur l'arbitre (A) ; d'autres relèvent des parties (B).

A. La collaboration de l'arbitre : l'obligation de révélation

La contribution attendue de l'arbitre dans la quête de son indépendance et de son impartialité peut se résumer à un esprit participatif et collaboratif en vertu

2. Pour une autre analyse de cette question en droit de l'OHADA, voir P. BOUBOU, « L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre dans le droit OHADA », Revue camerounaise de l'arbitrage n° 9, Avril-Mai-Juin 2000.

duquel spontanément il révèle tout fait de nature à créer un doute légitime, chez les parties, sur son indépendance et son impartialité³.

Dit autrement, l'arbitre, dès lors qu'il se voit confier le soin de trancher un litige entre des parties, doit comprendre la grandeur de sa tâche, la portée de son action pour la sécurité des affaires et pour l'essor de l'institution qu'est l'arbitrage lui-même.

Il doit, par conséquent, être lui-même le premier baromètre des qualités que requiert son office de sorte à décliner spontanément sa mission s'il est convaincu que son indépendance et son impartialité ne sont pas assurées. S'il est convaincu que certaines causes liées à sa personne pourraient affecter lesdites qualités mais s'il n'en est pas certain, il doit avoir l'élégance de les exposer aux parties afin de les laisser décider *in fine*.

C'est, semble-t-il, ce mécanisme qui invite l'arbitre à coopérer dans la recherche de son impartialité et de son indépendance que le droit de l'OHADA institue ou consacre dans ses textes organiques sur l'arbitrage.

Dans l'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage (droit commun), l'article 7 rappelle à cet effet à l'arbitre qu'il doit « demeurer indépendant et impartial vis-à-vis des parties. [Qu'une fois] pressenti [il les] informe [...] de toute circonstance de nature à créer dans leur esprit un doute légitime sur son indépendance et son impartialité et [qu'il] ne peut accepter sa mission qu'avec leur accord unanime et écrit. À partir de la date de sa nomination et durant toute la procédure arbitrale, [il doit signaler] sans tarder de telles circonstances aux parties ».

Le Règlement d'arbitrage de la CCJA, en son article 4.1, invite lui aussi, en des termes variés, l'arbitre pressenti à révéler par écrit au secrétaire général de la Cour les faits ou circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance.

Il s'infère de ces dispositions que l'arbitre est, sous l'angle de l'indépendance et de l'impartialité, débiteur envers les parties d'une obligation de révélation. Pour l'exécution de cette obligation, les destinataires de ses révélations sont les parties dans le régime général de l'arbitrage tel que régi par l'Acte Uniforme relatif à l'arbitrage et le secrétaire général de la Cour pour ce qui est de l'arbitrage régi par le Règlement d'arbitrage de la CCJA. Ce dernier répercute en second lieu les informations reçues aux parties.

Quant à la période durant laquelle cette obligation est due, les deux textes convergent pour préciser qu'elle s'étend de l'acceptation par l'arbitre de sa mission jusqu'à la fin de celle-ci.

Quelle que soit la période à laquelle la révélation est faite et les faits ou circonstances qu'elle concerne, il appartient aux parties d'en décider le sort.

B. La collaboration des parties à l'impartialité et à l'indépendance de l'arbitre

La collaboration des parties à l'indépendance et/ou à l'impartialité de l'arbitre est soit complémentaire à la révélation de l'arbitre, soit une alternative à cette

3. Cette collaboration n'étant pas pour autant à son égard le devoir de loyauté procédurale. Voir sur ce point, Michael W. BUHLER, « La loyauté procédurale dans le droit de l'arbitrage OHADA », in *Vingt ans d'arbitrage OHADA*, précité.

révélation. Dans le premier cas, les parties prennent le relais de l'arbitre, dans cette quête de l'indépendance et de l'impartialité, une fois les faits et circonstances portées à leur connaissance. Dans le second cas, ce sont les parties qui prennent l'initiative de déclencher les mécanismes de vérification de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre lorsqu'elles découvrent des faits que l'arbitre ignorait ou s'est abstenu de révéler.

En tout état de cause, l'existence, même avérée, d'une circonstance ou d'un fait de nature à altérer l'indépendance ou l'impartialité de l'arbitre n'est pas péremptoire. Les parties, si leurs volontés sont concordantes, pourront décider que nonobstant ces faits, l'arbitre devra continuer sa mission soit parce que les faits ne sont pas suffisants à leurs yeux pour affecter l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre. Elles peuvent ainsi décider, en vertu de leur pouvoir de disposer du litige, de ne pas tirer les conséquences des faits relevés ou découverts.

Par leur volonté concordante également, les parties pourront choisir de récuser l'arbitre⁴.

Faute de volonté concordante, la contestation relative à l'impartialité ou à l'indépendance de l'arbitre impose le recours au juge⁵ ou au centre d'arbitrage.

II. – Le concours du juge étatique ou du centre d'arbitrage au soutien de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre

Le concours du juge (juge d'appui ou juge du contrôle de la sentence) ou du centre d'arbitrage au soutien de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre, quoique subsidiaire, n'en est pas moins utile. Il permet de surmonter le désaccord éventuel des parties en tranchant le litige sur l'impartialité ou l'indépendance de l'arbitre (A) mais contribue aussi à définir les contours de ces notions (B).

A. Le recours au juge ou au centre d'arbitrage pendant ou après l'instance

Le recours au juge étatique ou à la Cour, dans le cadre de l'arbitrage sous l'égide de la CCJA, s'analyse comme un mécanisme subsidiaire visant à contrôler l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre, lorsque les parties ne s'accordent pas sur la qualification des faits reprochés à l'arbitre.

L'intervention du juge ou du centre d'arbitrage, envisageable seulement en l'absence d'accord des parties pour apprécier l'impartialité et/ou l'indépendance de l'arbitre est en définitive une illustration de ses pouvoirs en matière d'arbitrage en qualité de juge d'appui ou de juge de contrôle de la sentence. L'on peut toutefois regretter, à propos du juge d'appui, que ses décisions en la matière ne soient pas susceptibles de recours⁶ (arbitrage institutionnel) ou seulement d'un recours en

4. Article 7 de l'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage.

5. Article 4.7 de l'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage et Article 4 du règlement d'arbitrage de la CCJA.

6. Article 4.6 du Règlement d'arbitrage de la CCJA.

cassation⁷ (régime général d'arbitrage), même si le souci d'éviter la paralysie de la procédure arbitrale qui justifie ce choix, est compréhensible.

Saisi de la question de l'impartialité et/ou de l'indépendance, le juge étatique ou la Cour (pour l'arbitrage institutionnel de l'OHADA) doit, pour surmonter le désaccord des parties, apprécier les circonstances de la cause à l'effet de conclure par l'affirmative ou par la négative.

Au-delà donc de trancher une contestation qui échappe à l'arbitre, ceux-ci sont sollicités comme architecte du contenu des notions d'indépendance et d'impartialité.

B. Une intervention utile pour tracer les contours des notions d'indépendance et d'impartialité

En présence de la règle de droit, par essence générale, il appartient au juge, dans son œuvre d'interprétation, de tracer les contours du droit subjectif dont la définition a nécessité le recours à la notion ou au concept.

En matière d'arbitrage, faute pour les parties et/ou l'arbitre de s'accorder sur la définition de l'atteinte à l'obligation d'indépendance et d'impartialité, la contribution du juge et des centres d'arbitrage est attendue⁸. La jurisprudence, au fil des espèces, donne des illustrations de l'impartialité et de l'indépendance, nul ne pouvant prétendre proposer un contenu intangible et universel à ces notions qui sont, à la vérité, plus fonctionnelles que conceptuelles.

La CCJA a ainsi été invitée à apprécier si des liens de collaboration existant entre l'un des arbitres et le conseil de l'une des parties et le défaut de sa révélation spontanée étaient illustratifs de l'absence d'indépendance ou d'impartialité dudit arbitre.

La Haute Cour a estimé que l'interpellation formelle du tribunal arbitral sur la nature des liens de collaboration, n'ayant reçu aucune réponse, ne lui permettait pas d'apprécier l'incidence de ces liens non révélés sur son indépendance et son impartialité⁹.

Dans une autre espèce, il a été décidé qu'il n'y avait pas d'élément nouveau susceptible de mettre en cause l'indépendance d'un arbitre qui avait, dans sa déclaration d'acceptation et d'indépendance, et dans son curriculum vitae, clairement indiqué sa qualité de fonctionnaire et de chargé, pendant 14 ans, du suivi du contentieux de l'État à l'international¹⁰.

7. Article 8 de l'Acte uniforme relatif à l'arbitrage.

8. Les tribunaux français ont tenté de donner une définition de l'indépendance, la présentant comme étant « exclusif de tout lien de dépendance notamment avec les parties, et que, d'autre part, les circonstances invoquées pour contester cette indépendance doivent caractériser, par l'existence de liens matériels et intellectuels, une situation de nature à affecter le jugement de l'arbitre en constituant un risque certain de prévention à l'égard de l'une des parties à l'arbitrage », Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN, *op. cit.*, p. 583.

9. CCJA, 2^e Ch., Arr. n° 151/2017, 29 juin 2017, Aff. WANMO Martin c/ NGUESSI Jean Pierre, MABOU Joseph, Société SOMATEL SARL, ZOURE Modibo, TCHOUMOU Pierre Leprince, NGASSA Christopher, TCHAKOUTEU Kemadjou Rigobert, TCHAKOUNANG Apollinaire, NGANKEM Maurice, NGUESSI Teguem Fabrice, KEMGO Fuze Gilles, SILATCHOM Feuze Jean, M. Ph. DIEUDONNE (Sous la coordination), OHADA, *Traité, Actes Uniformes, Règlement de procédure et d'arbitrage, jurisprudence annotée*, édition Juriafrica, Douala, 2018.

10. CCJA, Arrêt n° 102/2015, Req. n° 059/2014/PC du 27 mars 2014 : Monsieur Léopold EKWA NGALLE, Madame Hélène NJANJO NGALLE, Société Anonyme LEN HOLDING, Société International Business Corporation SA c/ Société Nationale d'Hydrocarbures (SNH), Personnel SNH.

Il est évident qu'au fil de leur jurisprudence, la CCJA et les juridictions nationales contribueront à affiner les notions d'impartialité et d'indépendance de l'arbitre.

En conclusion, dans l'espace OHADA, tant les textes que la jurisprudence affirment et garantissent les principes d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre inhérents à l'efficacité de l'arbitrage.

La nouvelle loi marocaine sur l'arbitrage et la médiation de 2022 (Loi 95-17)

Othmane SAADANI¹

RÉSUMÉ

Le Maroc possède désormais une nouvelle loi sur l'arbitrage et la médiation (Loi 95-17) basée sur la loi type de la CNUDCI. Cette loi est applicable à la fois à l'arbitrage interne et international. La nouvelle loi abroge et remplace les articles 306 à 327-70 du Code de Procédure Civile marocain (loi 08-05 de l'année 2007) mais l'ancienne Loi 08-05 reste toujours applicable aux conventions d'arbitrage signées avant l'entrée en vigueur de la Loi 95-17.

Cet article examine les caractéristiques les plus remarquables de la nouvelle Loi 95-17 par rapport à l'ancienne Loi 08-05. Si la nouvelle Loi 95-17 est libérale et favorable à l'arbitrage à certains égards, elle contient aussi des aspects qui auraient mérité d'être précisés et améliorés et feront sans doute l'objet de clarifications par les juridictions marocaines.

ABSTRACT

Morocco enacted a new arbitration and mediation Law (Law 95-17 of the year 2022) based on UNCITRAL Model law. This law is applicable to both domestic and international arbitration. The new law cancels and replaces Articles 306 to 327-70 of the Moroccan Code of Civil Procedure (Law 08-05 of the year 2007) but the old law remains applicable to arbitration agreement signed before the entry in force of the Law 95-17.

This article examines the most remarkable features of the new law 95-17 in comparison with the repealed Law 08-05. While the new Law 95-17 is liberal and pro arbitration in some ways, it also contains aspects which would have deserved to be clarified and improved and which will undoubtedly be the subject of clarifications by the Moroccan courts.

1. Othmane Saadani est avocat au barreau de New York, associé-gérant du cabinet Saadani & Associates (Maroc et Émirats Arabes Unis) et ancien conseiller à la Cour International d'arbitrage de la CCI (Abu Dhabi).

Le Royaume du Maroc s'est doté d'une nouvelle loi sur l'arbitrage et la médiation entrée en vigueur le 14 juin 2022². La loi 95-17 (la « **Loi 95-17** »)³, inspirée de la loi type de la CNUDCI remplace la dernière loi en la matière qui date de 2007 (« **Loi 08-05** ») et permet la création d'un véritable Code de l'arbitrage et de la médiation se détachant complètement du Code de procédure civile. La Loi 95-17 se compose de trois titres : arbitrage, médiation conventionnelle et dispositions transitoires et diverses. Le titre traitant de l'arbitrage contient quatre chapitres : définitions et règles générales, l'arbitrage interne, l'arbitrage international. La Loi 95-17 est néanmoins applicable uniquement aux conventions d'arbitrage et de médiation conclues après son entrée en vigueur, soit le 14 juin 2022⁴.

En se dotant d'une législation moderne, le Maroc à l'ambition d'être un leader régional des modes alternatifs de règlement des différends. Cette volonté a été clairement affichée par le Roi du Maroc durant son discours d'ouverture de la 11^e législature du Parlement marocain peu après l'adoption de la Loi 95-17⁵.

La Loi 95-17 renforce le cadre normatif de l'arbitrage et de la médiation au Maroc et clarifie certains débats jurisprudentiels issus de l'ambiguïté de l'ancienne Loi 08-05. Cependant, elle comporte certains aspects qui auraient mérité d'être clarifiés et améliorés et qui feront sans doute l'objet de contentieux nourris devant les juridictions marocaines.

Distinction entre arbitrage interne et international : L'article 72 de la Loi 95-17 maintient la distinction entre l'arbitrage interne et international et simplifie la définition de l'arbitrage international avec une double condition de (i) mettre en jeu des intérêts du commerce international et (ii) d'exiger qu'une des parties ait son siège ou domicile à l'étranger. Ainsi, la Loi 95-17 supprime notamment la disposition qui rendait un arbitrage international par le seul choix d'un siège à l'étranger.⁶ La détermination du caractère international de l'arbitrage au sens de la Loi 95-17 se révèle d'une très grande importance dans la mesure où cela aura notamment une incidence notoire sur le régime juridique applicable aux recours en annulation. Dans le cadre de cet article nous apporterons des éclairages sur les différences de régime applicable à l'arbitrage interne et international. Nous nous pencherons notamment sur la possibilité de renonciation au recours en annulation en matière internationale, l'introduction d'un motif d'annulation supplémentaire en matière d'arbitrage interne et le pouvoir du juge d'annulation de juger le fond du litige suite à l'annulation d'une sentence en matière d'arbitrage interne.

Langue de l'arbitrage : À l'instar de l'article 327-13 de la Loi 08-05, l'article 34 de la Loi 95-17 prévoit que la langue de l'arbitrage est, à défaut de convention entre

2. Article 105, Loi 95-17 : « *Sous réserve des dispositions de l'article 103 ci-dessus, la présente loi entrera en vigueur le lendemain de la date de sa publication au Bulletin Officiel* ».

3. La Loi 95-17 est accessible sur le site du Bulletin Officiel du Royaume du Maroc (http://www.sgg.gov.ma/BO/AR/3111/2022/BO_7099_Ar.pdf). À ce jour, seule la version officielle de la loi en langue arabe est disponible. Une traduction libre non officielle en français a été publiée par l'association marocaine d'arbitrage MVYAP (<https://www.linkedin.com/company/morocco-vyap/>).

4. Article 103 de la Loi 95-17. La date d'entrée en vigueur est le 14 juin 2022.

5. « *Afin de renforcer la confiance de ceux qui veulent opérer des investissements productifs dans notre pays, Nous appelons à la consolidation des règles de la concurrence loyale, à la mise en œuvre effective des mécanismes de médiation et d'arbitrage pour le règlement des litiges* ». Sa Majesté le Roi Mohammed VI, discours au Parlement à l'occasion de l'ouverture de la 1^{re} session de la 2^e année législative de la 11^e législature, 14 octobre 2022.

6. Article 327-40 de la Loi 08-05.

les parties à l'arbitrage, l'arabe. Cependant, la Loi 95-17 introduit à l'article 34 alinéa 4, la possibilité pour le tribunal arbitral d'aller à l'encontre du choix de langue des parties en imposant la langue arabe comme langue de l'arbitrage en dépit d'un autre choix de langue des parties. Cette disposition va clairement à l'encontre de l'autonomie des parties et pourrait imposer de conduire un arbitrage en langue arabe à des parties non arabophones qui ont pourtant choisi de conduire l'arbitrage dans une autre langue et cela y compris dans le cadre d'arbitrages internationaux siégeant au Maroc.

Extension de l'arbitrabilité des litiges : Sous l'empire de l'ancienne Loi 08-05, les litiges arbitrables étaient en grande partie limités aux « *litiges relevant de la compétence des tribunaux de commerce* »⁷. Cette limitation a été dépassée par la pratique arbitrale au Maroc et par la jurisprudence⁸ dans la mesure où nombre de litiges en matières civile ou sociale font régulièrement l'objet de procédures arbitrales. La Loi 95-17 codifie ainsi la pratique arbitrale en abandonnant la référence aux litiges soumis aux tribunaux de commerce et adopte au contraire une approche libérale des litiges arbitrables⁹. La Loi 95-17 maintient néanmoins en son article 15 la non-arbitrabilité classique des litiges relatifs à « *à l'état des personnes, à leur capacité ou à des droits personnels qui ne peuvent faire l'objet de transaction* »¹⁰.

Le nécessaire abandon de l'invalidité de la convention d'arbitrage souscrite par les personnes et entreprises publiques pour non-respect des dispositions internes : Les articles 16 et 17 de la Loi 95-17 suppriment le moyen d'invalidation des clauses d'arbitrages signées par des personnes ou entreprises publiques sur le fondement du non-respect de leurs règles internes¹¹. En effet, sous l'empire de l'ancienne Loi 08-05, il était possible pour une personne ou entreprise publique de se prévaloir valablement de sa propre violation de règles internes (par exemple la non-obtention d'une approbation d'une clause d'arbitrage par le conseil d'administration d'une entreprise publique) pour échapper à l'application d'une clause d'arbitrage. Sous l'ancien régime, la sanction étant la nullité de la clause d'arbitrage et le recours aux tribunaux locaux pour trancher le litige. Cette disposition allait à l'encontre du principe civiliste de « *nemo auditur propriam suam turpitudinem allegans* »¹².

Exercice de sa mission par l'arbitre : L'article 11 de la Loi 95-17 impose à l'arbitre pour exercer sa mission d'avoir « *un niveau minimum d'expérience et de*

7. Article 308 alinéa 2, Loi 08-05.

8. Voir notamment Cour d'appel de Commerce de Casablanca, 28 avril 2014, dossier n° 8232/2013/3294, les juges écartent l'argument selon lequel les litiges entre commerçants et non commerçant ne sont pas arbitrables.

9. Article 14 de la Loi 95-17 dispose que « *toutes les personnes capables, physiques ou morales, peuvent conclure une convention d'arbitrage pour régler les différends sur les droits dont elles ont la libre disposition, dans les limites et selon les formes et procédures prévues par la présente loi, tout en se conformant aux dispositions du Dahir du 9 Ramadan 1331 (12 août 1913) formant Code des Obligations et des Contrats, tel quel modifié et complété, et notamment son article 62* » (traduction libre de l'arabe au français). L'article 62 du Code des Obligations et des Contrats dispose : « *L'obligation sans cause ou fondée sur une cause illicite est non avenue. La cause est illicite quand elle est contraire aux bonnes mœurs, à l'ordre public ou à la loi* ».

10. Il convient de souligner que l'article 309 de la Loi 08-05 consacrait une non-arbitrabilité des litiges relatifs aux droits personnels qui ne font pas l'objet de commerce. Cette prohibition a été abandonnée par la Loi 95-17 et ne figure pas en son article 15.

11. Voir les articles 310 et 311 de la Loi 08-05.

12. En français : Nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude.

compétence scientifique ». L'introduction de cette condition vise à améliorer la qualité des décisions rendues par les tribunaux arbitraux¹³. Cette condition aura sans doute comme conséquence de créer un contentieux supplémentaire lié à la compétence des arbitres. Par ailleurs, l'article 12 de la Loi 95-17 reprend les dispositions de l'ancienne loi concernant l'obligation des « *personnes physiques qui, habituellement ou par profession, exercent des missions d'arbitre, soit de manière individuelle, soit au sein d'une personne morale, doivent être inscrites sur la liste des arbitres* ». Il convient de préciser que cette liste est strictement indicative et que les parties ainsi que le juge d'appui sont libres de nommer des arbitres en dehors de cette liste¹⁴. Les modalités de cette liste seront déterminées par un texte réglementaire à venir¹⁵. La nouveauté réside ici dans l'absence de l'implication des procureurs généraux près des cours d'appel pour la tenue de cette liste¹⁶.

Usage de moyens électroniques dans l'arbitrage : L'article 3 alinéa 2 de la Loi 95-17 introduit la possibilité de conclure une convention d'arbitrage par échange de courrier électronique. L'usage des moyens dématérialisés est aussi consacré par les articles 35 et 36 qui disposent que les parties peuvent soumettre leurs écritures par voie dématérialisée et les notifier par tout moyen (y compris électroniquement). L'article 33 quant à lui donne le pouvoir au tribunal arbitral de tenir ses réunions et audiences par vidéoconférence si les parties ne s'y opposent pas¹⁷. Enfin, il est à saluer la position très libérale de l'article 51 de la Loi 95-17 qui permet de rendre la sentence sous format électronique.

Les voies de recours contre les sentences en matière interne et internationale : L'article 58 de la Loi 95-17 énonce comme principe que la sentence arbitrale n'est susceptible d'aucun recours mais prévoit néanmoins des exceptions aux articles 59, 60 et 61. En premier lieu, la Loi 95-17 prévoit que la sentence arbitrale peut faire l'objet d'une demande en rétractation selon les dispositions du Code de procédure civile¹⁸. En second lieu, la tierce opposition est ouverte aux tiers susceptibles de subir un préjudice découlant de la sentence arbitrale à

13. Il convient de préciser que la version du projet de la Loi 95-17 adoptée en commission parlementaire contenait en plus une condition supplémentaire d'avoir une compétence juridique. Cette condition a été supprimée dans la version finale adoptée en session plénière.

14. Article 13, Loi 95-17.

15. Article 12 alinéa 3, Loi 95-17. À ce jour, le texte réglementaire n'a toujours pas été publié.

16. Sous l'empire de la Loi 08-05, cette liste était tenue par les procureurs généraux du Roi. Cette disposition a été fortement décriée à l'époque par les praticiens et a été abandonnée par la Loi 95-17.

17. Voir à ce sujet l'état du droit marocain sous l'empire de l'ancienne Loi 08-05 concernant les audiences par vidéoconférences en arbitrage. ICCA, *does a right to a physical hearing exist in international arbitration? Morocco report*, Othmane Saadani. https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs/public/document/media_document/Morocco-Right-to-a-Physical-Hearing-Report.pdf

18. Voir à ce titre les articles 402 et suivants du Code de procédure civile. L'article 402 du Code de procédure civile énonce 7 cas d'ouverture : « *Sous réserve des dispositions spéciales de l'article 379 relatif à la Cour suprême, les décisions judiciaires qui ne sont pas susceptibles d'être attaquées, soit par la voie d'opposition, soit par la voie d'appel, peuvent faire l'objet d'une demande en rétractation de la part de ceux qui ont été parties ou dûment appelés* :

1° *S'il a été statué sur chose non demandée ou adjugé plus qu'il n'a été demandé ou s'il a été omis de statuer sur un chef de demande* ;

2° *Si, dans le cours de l'instruction de l'affaire, il y a eu dol* ;

3° *S'il a été jugé sur des pièces reconnues ou déclarées fausses depuis la décision rendue* ;

4° *Si, depuis la décision, il a été recouvré des pièces décisives et qui avaient été retenues par la partie adverse* ;

5° *Si, dans une même décision, il y a des dispositions contraires* ;

laquelle elles n'ont pas été partie. Enfin, le recours en annulation est prévu en matière interne aux articles 61 et 62 de la Loi 95-17 et en matière internationale à l'article 82. Il est à noter qu'en matière interne il est prévu 7 cas d'ouverture du recours en annulation et uniquement 5 en matière interne. Il convient de préciser que l'article 65 de la Loi 95-17 dispose que les arrêts en matière de recours en annulation sont susceptibles de pourvoi en cassation.

L'introduction d'un recours contre l'ordonnance de compétence de tribunal arbitral : L'article 32 de Loi 95-17 introduit un nouveau recours contre l'ordonnance de compétence du tribunal arbitral¹⁹. Cette disposition est sauf accord contraire des parties également applicable aux arbitrages internationaux soumis à la loi de procédure marocaine en application de l'article 75 de la Loi 95-17.

Délai simplifié pour introduire un recours en annulation : Sous l'empire de la Loi 08-05²⁰, le délai pour former un recours en annulation, bien qu'ouvert dès le prononcé de la sentence, courait jusqu'à 15 jours après la notification de la sentence revêtue de l'exequatur. En pratique, cette disposition allongeait le délai pour former un recours en annulation de plusieurs mois et permettait aux parties succombant à l'arbitrage d'utiliser des techniques dilatoires visant à retarder l'exécution finale de la sentence. Désormais, l'article 61 de la Loi 95-17 dispose que le recours en annulation court du prononcé de la sentence jusqu'à quinze jours à compter de sa notification sans faire référence à l'exequatur. Cette simplification permettra sans aucun doute une exécution plus rapide des sentences.

Possibilité de renoncer au recours en annulation en matière d'arbitrage international : En matière d'arbitrage international, l'article 82 de la Loi 95-17 dispose que « les parties ont la faculté de renoncer au recours en annulation. Cette nouveauté contraste avec l'ancien article 327-51 de la Loi 08-05 qui ne prévoyait pas cette possibilité. Il convient de souligner que certains règlements institutionnels incluent une renonciation générale des parties à toute voie de recours. À titre d'exemple, l'article 35-6 du Règlement de la CCI prévoit que les parties renoncent aux voies de recours disponibles²¹. Dans ces conditions, dans le cadre d'un arbitrage international siégeant au Maroc sous l'égide de la CCI soumis à la nouvelle loi d'arbitrage marocaine, les parties renoncent automatiquement à tout recours en annulation en application de l'article 35-6 du Règlement de la CCI et de l'article 82 de la Loi 95-17 qui permet une telle renonciation.

Il convient cependant de préciser qu'en matière d'arbitrage interne, l'article 61 alinéa 1 adopte une solution contraire en disposant que « *nonobstant toute stipulation contraire, les sentences arbitrales peuvent faire l'objet d'un recours*

6° Si, par suite d'ignorance d'une décision antérieure ou d'une erreur de fait, il a été rendu, par la même juridiction, entre les mêmes parties, sur les mêmes moyens, deux décisions en dernier ressort qui sont contradictoires ;

7° Si des administrations publiques ou des incapables n'ont pas été valablement défendus ».

19. L'article 32 alinéa 1 de la Loi 95-17 dispose que « *préalablement à tout examen au fond, il appartient au tribunal arbitral de statuer par ordonnance, soit d'office, soit sur la demande de l'une des parties, sur la validité ou la limite de ses compétences et sur la validité de la convention d'arbitrage* ».

20. Article 327-36 alinéa 2, Loi 08-05.

21. L'article 35-6 du règlement CCI prévoit que « *toute sentence arbitrale revêt un caractère obligatoire pour les parties. Par la soumission de leur différend au Règlement, les parties s'engagent à exécuter sans délai la sentence à intervenir, et sont réputées avoir renoncé à toutes voies de recours auxquelles elles peuvent valablement renoncer* ».

en annulation dans les formes ordinaires devant la cour d'appel compétente dans le ressort de laquelle elles ont été rendues ». Il apparaît clairement que la qualification interne ou internationale de l'arbitrage qui posait déjà un certain nombre de difficultés aura plus que jamais beaucoup d'importance à l'aune de ces dispositions.

L'extension du recours en annulation : L'article 62 de la Loi 95-17 vient apporter une clarification au moyen d'annulation portant sur la violation de la mission confiée au tribunal arbitral en précisant qu'une sentence peut être annulée au motif que le tribunal arbitral « *s'est déclaré incompétent alors qu'il est compétent* ». Cette clarification semble en effet inutile dans la mesure où ce motif est compris dans les fondements de violation de la mission de l'arbitre. Ce motif d'annulation ne figure, cependant, pas dans les moyens d'annulation pour l'arbitrage international prévus à l'article 80 de la Loi 95-17.

Le maintien ambigu du pouvoir du juge d'annulation de juger le fond du litige suite à l'annulation d'une sentence en matière d'arbitrage interne : Le législateur marocain a maintenu à l'article 63 de la Loi 95-17 le pouvoir du juge d'annulation de trancher le différend arbitral en cas d'annulation de la sentence²². Ce maintien porte atteinte au principe de l'autonomie de la volonté des parties de recourir à l'arbitrage mais le législateur permet néanmoins aux parties de déroger à ce principe. L'alinéa 2 de cet article vient ajouter une confusion à ce principe en précisant qu'en « *cas d'annulation de la sentence, la cour doit statuer sur le litige sur la base d'un accord prévu par une clause ou un contrat ou à la demande des parties* ». À titre liminaire, il convient de se demander comment une clause autre qu'une clause d'arbitrage peut figurer dans le contrat objet du litige. Cet alinéa de l'article 63 donnera sans doute lieu à une clarification jurisprudentielle. Enfin, il convient de préciser que ce pouvoir du juge d'annulation ne concerne pas l'arbitrage international, d'où encore une fois, l'importance de la qualification de la nature interne ou internationale de l'arbitrage.

L'introduction d'une sanction pécuniaire pour recours en annulation abusif : L'article 64 alinéa 2 de la Loi 95-17 introduit la possibilité pour le juge de l'annulation et lorsqu'il considère le recours comme abusif, d'infliger une sanction pécuniaire au demandeur de l'annulation et payable au profit du défendeur à l'annulation qui ne peut être inférieur à 25 % du montant de la condamnation prévu dans la sentence arbitrale. Cette disposition bien que répondant à une réalité de la pratique qui consiste à épuiser tous les moyens de procédures disponibles y compris ceux qui n'ont aucune chance d'aboutir, semble non seulement disproportionnée mais peut porter également atteinte au principe constitutionnel de libre accès à la justice²³. Cela dissuadera sans doute les justiciables (y compris ceux de bonne foi) de contester les sentences arbitrales de peur d'être condamné à cette sanction laissée à la libre discrétion du juge d'annulation.

La nécessaire clarification de la nature contradictoire de la procédure d'exequatur : L'article 327-31 de la Loi 08-05 qui régissait la procédure d'exequatur ne précisait pas si la procédure d'exequatur devait se dérouler *ex parte* ou de manière contradictoire. La pratique judiciaire de certains tribunaux était de procéder

22. Voir en ce sens l'article 327-37 de la Loi 08-05.

23. Article 118 alinéa 1, Constitution du Royaume du Maroc de 2011 : « *L'accès à la justice est garanti à toute personne pour la défense de ses droits et de ses intérêts protégés par la loi* ».

de manière contradictoire tandis que d'autres appliquaient la procédure *ex parte*. Cette divergence jurisprudentielle exigeait clarification. Ainsi, l'article 67 alinéa 3 de la Loi 95-17 met fin aux divergences de pratiques judiciaires en prévoyant que la procédure d'exequatur de la sentence arbitrale soit une procédure contradictoire selon la procédure d'urgence pour répondre au besoin de célérité.

Des conditions de mise en place de la médiation plus souple : L'article 89 de la Loi 95-17 adopte une approche plus libérale concernant la mise en place de la médiation par rapport à l'ancienne Loi 08-05. En effet, il est maintenant possible d'établir la convention de médiation devant le médiateur désigné ou « *par tout autre moyen convenu par les parties* ». Aussi, la correspondance électronique est considérée comme étant un écrit au sens de l'article 89 de la Loi 95-17.

Nouvelles conditions pour exercer la mission de Médiateur : L'article 97 de la Loi 95-17 interdit désormais l'exercice de la mission de médiateur notamment aux personnes incapables et ceux ayant fait l'objet de condamnation définitive pour des faits contraires à l'honneur, la probité et aux bonnes mœurs ou d'une sanction disciplinaire. Aussi, l'alinéa 5 de cet article impose une obligation d'indépendance, de neutralité et d'impartialité au médiateur. À ce titre, le médiateur a également une obligation de communiquer aux parties « *toute circonstance pouvant affecter son impartialité, son indépendance et sa neutralité, doit en aviser les parties, et dans ce cas il ne peut accepter sa mission qu'après leur approbation* ».

Délai réduit pour l'exequatur de la transaction : Sous l'empire de la Loi 08-05²⁴, aucun délai n'était imposé au juge compétent pour apposer l'exequatur sur la transaction de médiation. Dorénavant, en application de l'article 100 de la Loi 95-17, le juge compétent dispose de sept jours pour apposer la mention d'exequatur sur la transaction de médiation.

24. Article 327-69, Loi 08-05.

Confidentiality of arbitrations in South Africa – Towards (or away from) implied confidentiality?

Michelle PORTER-WRIGHT and Wihan MEINTJES
Allen & Overy LLP

ABSTRACT

Confidentiality in South African arbitration is often taken for granted, but this paper questions its legal basis and adequacy. It shows that South African law does not imply a duty of confidentiality, and that the legal position is unclear and inconsistent. It compares different international approaches in balancing confidentiality and transparency, and reveals the shortcomings and inconsistencies in the South African position. It also explores how some important cases have dealt with confidentiality issues, emphasising the relevance of public interest and accountability in South Africa's context.

The paper proposes a more adaptable and context-sensitive approach to confidentiality in arbitration. It does not advocate for new confidentiality laws, but suggests that courts should develop the common law on confidentiality in arbitration more coherently, taking into account public interest considerations. It urges parties to address the legal ambiguity regarding the existence of an implied term of confidentiality by adopting confidentiality clauses if needed, and suggests that where confidentiality is agreed the courts should take practical measures to safeguard confidentiality via the implementation of directives.

Introduction

1. Parties who choose arbitration as a means of resolving their disputes often do so because they value the opportunity to keep their matters private and confidential. Arbitration can shield the parties from unwanted exposure, interference, or disclosure of their sensitive information, reputation, business interests and settlement prospects.

2. However, confidentiality is not an absolute or uniform concept in arbitration. It varies depending on the law that governs the arbitration agreement and the arbitral proceedings. It may also be affected by the need for transparency in light of the nature of the dispute, the public interest involved and/or the rights of third parties.

3. The question of confidentiality is not often addressed in national legislation, is not always agreed between the parties, and is not a feature of most arbitral rules.

In such situations, the question arises whether confidentiality can be implied as an essential feature of arbitration, based on the parties' choice to arbitrate rather than litigate. Implied confidentiality may provide a default mechanism to address the question of confidentiality where it is otherwise unclear or unresolved. However, the existence and extent of implied confidentiality is not universally recognised. Courts in some jurisdictions, like South Africa, have been hesitant to address the question of implied confidentiality in arbitration head-on.

4. Confidentiality of arbitrations can foster party confidence, protect sensitive information and prevent reputational harm and third-party interference in arbitral proceedings. The reality is that when they negotiate and draft their contracts, experienced business parties typically address the issue of the confidentiality of their relationship, including any subsequent arbitration. They may also, if they wish, tailor the confidentiality rules they prefer. Most commercial contracts do indeed provide for wide-ranging confidentiality duties that cover arbitration proceedings.

5. However, transparency has equally important justifications in arbitration, especially when matters of public interest are involved. Transparency can enhance accountability, public scrutiny, jurisprudential development and democratic participation in arbitration, since arbitration is ultimately a mechanism for dispensing justice.

6. This paper seeks to examine the notion of implied confidentiality in arbitration and to compare and contrast the approaches of different jurisdictions, with a special emphasis on South Africa. It further assesses the rationale for, as well as the advantages and the difficulties of, implying confidentiality in arbitration agreements and proceedings on the one hand, weighed against the growing demand for transparency in dispute resolution on the other. It concludes with recommendations on how to address the prevailing uncertainty on the issue of arbitral confidentiality in South Africa.

I. – Confidentiality, privacy and transparency

Confidentiality, privacy and transparency – and their significance in South Africa

7. This paper begins by considering the conflicting demands of confidentiality (and its related notion of privacy) and transparency in arbitration, and by explaining their advantages and applications in different scenarios.

Privacy and Confidentiality

8. Confidentiality refers to the obligation of the parties and the arbitrators to protect the information and documents exchanged or disclosed in the arbitration from unauthorised use or disclosure. Privacy refers to the exclusion of third parties from the arbitration proceedings, usually in the form of closed proceedings that exclude third parties from attending the hearings.

9. Virtually all major institutional rules are aligned in their view that arbitration hearings are private. The ICC Rules state in article 26.3 that the arbitral tribunal controls the hearings, where all the parties can be present. Unless the arbitral tribunal and the parties agree to the contrary, no one else can attend. The ICDR, LCIA, SIAC, ICSID, WIPO and – notably for purposes of this paper – Arbitration Foundation of South Africa (AFSA)¹ rules contain similar provisions, and so do the rules of business arbitration bodies like the Austrian Federal Economic Chamber, the Swiss Chambers' Arbitration Institution, the CIETAC and the JCAA. Article 28.3 of the UNCITRAL Arbitration Rules spells out this position in similar terms.²

10. It is therefore not controversial that arbitration hearings are private. Commensurately, and if the hearing is closed to the public, it seems logical (as suggested in England and Wales as well as Singapore) that the documents and evidence exchanged should be – and remain – confidential.

11. However, this logic does not necessarily hold true in every jurisdiction or under every arbitration regime. Whereas privacy refers to the exclusion of the public and third parties from the arbitral proceedings, confidentiality involves a broader duty for parties and arbitrators to refrain from revealing/disclosing the information and documents that relate to the arbitration. As seen in Section II below, confidentiality in arbitration is not axiomatic, as different legal systems have differing views and expectations regarding its scope, extent, and exceptions.

Transparency and openness

12. In contrast, transparency refers to the degree of public access to, or scrutiny of, the arbitration process and the arbitral award. At its core, *“greater transparency would likely increase knowledge and understanding of the arbitral process, thereby increasing the legitimacy of the use of [arbitration] more generally”*.³

13. It follows that transparency in arbitration has at least the following benefits:⁴

- (a) Publication of reasoned awards would bring about the development of consistency in the law of arbitration in any particular jurisdiction, or globally;
- (b) Greater transparency can also promote democratic principles because the affected stakeholders, such as the shareholders of a publicly held corporation and customers, have an opportunity to observe the outcome;
- (c) Increased transparency is also essential to ensuring accountability and public trust in arbitrations that involve state-owned bodies, where public funds are used to cover the legal costs and possible awards.

1. See rule 21.2.1 of the AFSA Commercial Rules for Domestic Arbitrations, available at <https://arbitration.co.za/domestic-arbitration/commercial-rules/> and rule 21.7 of the AFSA International Arbitration Rules, available at <https://arbitration.co.za/international-arbitration/international-rules/>.

2. Stating that *“Hearings shall be held in camera unless the parties agree otherwise. The arbitral tribunal may require the retirement of any witness or witnesses, including expert witnesses, during the testimony of such other witnesses, except that a witness, including an expert witness, who is a party to the arbitration shall not, in principle, be asked to retire.”*

3. Buys, C., “The Tensions between Confidentiality and Transparency” *American Review of International Arbitration* 14 (2003) 121, at p. 135.

4. Gu, W., “Confidentiality Revisited: Blessing or Curse in International Commercial Arbitration?” *American Review of International Arbitration* 15 (2006) 607 available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2641317>, at pp. 24 – 25.

14. Openness and transparency in the pursuit of justice is vital for South Africa, where systemic corruption in the public sector has historically eroded public trust in government institutions, damaged policy integrity and distorted public sector outcomes.⁵ Although arbitration is a contractual process, it is first and foremost a means of achieving justice. There is no question that the public interest is served when third parties and the public are able to observe the delivery of justice in arbitral proceedings involving public bodies, particularly when those proceedings are being funded from the public purse.

15. Of course, increased transparency can compromise privacy and confidentiality, which can have implications for the participants in arbitrations. Some of these are:

- (a) If parties contract for a certain degree of confidentiality and that choice is not respected (in favour of increased transparency), party autonomy – being the cornerstone of arbitration – would be impacted;
- (b) Increased transparency at the cost of privacy and confidentiality can lead to hesitancy by parties and witnesses to fully participate in proceedings in which damaging allegations/evidence may be disclosed;
- (c) Trade secrets or other sensitive information could be made public; and
- (d) At a macro level, too much transparency could be detrimental to a country's pursuit of becoming a leading international arbitration seat, as it could undermine the confidentiality, neutrality, and efficiency of the arbitration process.

16. The degree of confidentiality, privacy and transparency in arbitrations typically depends on whether an arbitration can be deemed confidential and, if so, whether such confidentiality is supported by legislation and/or will be upheld by courts. It therefore begs the question – where does confidentiality arise from?

Where does confidentiality arise from?

17. A duty of confidentiality can originate from several sources. Easily accessible and predictable for the parties, they may choose to provide for confidentiality in their agreement to arbitrate. This is common practice in large-scale commercial agreements, including where cross border elements are at play. Where no such agreement exists between the parties, they might rely on national legislation or the common law position in the applicable jurisdiction to preserve confidentiality.

18. The question of which law governs the confidentiality of the arbitral proceedings, and thus any implied duty of confidentiality which may or may not arise, is unsettled law in most jurisdictions. This law may be the law governing the arbitral proceedings (*lex arbitri*, generally the law of the seat), the law governing the arbitration agreement, the law governing the underlying contract (*lex contractus*) or the law of the jurisdiction in which the issue of confidentiality arises (*lex fori*).

19. As seen below, the courts of several countries have dealt with the issue of confidentiality in arbitration differently. The courts of African countries are no exception.

5. Internationally, and despite being ranked more favorably than many other African counterparts, South Africa is perceived to have high corruption (ranking 72nd in the '2022 Corruption Perceptions Index') – see <https://www.transparency.org/en/cpi/2022>.

II. – A global perspective

20. This Section compares how confidentiality is addressed (or not) in various jurisdictions, and whether they recognise an implied term of confidentiality. It starts with the position under the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (the **UNCITRAL Model Law**), before considering the positions in England and Wales and other jurisdictions (including some African countries). South Africa is addressed separately in Section III below.

Model Law standard

21. The UNCITRAL Model Law, which has been adopted to varying degrees by many jurisdictions around the world, does not expressly provide for the confidentiality of arbitrations. It only provides, without more, that the arbitral tribunal will make available a copy of the final award to the parties,⁶ but leaves the issue of the confidentiality of the award, and of the arbitration itself, to the parties' agreement or the applicable arbitration rules.

22. A comparative analysis of the different legal regimes on confidentiality across various jurisdictions is therefore necessary to identify any common standards or best practices, which we seek to do below.

England and Wales

23. In England and Wales, privacy and confidentiality have long been regarded as widely recognized "*essential ingredient[s] of arbitrations*".⁷ This is despite (i) the Arbitration Act of 1996⁸ (or any of its predecessors) not expressly providing for confidential arbitral proceedings, with the drafters in 1996 regarding privacy and confidentiality to be "*better left to the common law to evolve*"; and (ii) the Law Commission similarly not proposing any amendments in this regard in its recent review of the Arbitration Act of 1996 in September 2022.⁹

24. Courts in England and Wales have historically (arguably as early as 1880¹⁰ and as recently as 2020¹¹) acknowledged that privacy and confidentiality are among the key features of arbitrations and that "[t]he 1996 Act's silence does not detract from this".¹² Indeed, the courts have acknowledged that the parties' choice

6. UNCITRAL Model Law, article 31(4).

7. See *Hassneh Insurance Co. of Israel and Others v Steuart J. Mew* [1993] 2 Lloyd's Rep. 243, available at <https://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=149957>.

8. Available at <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>.

9. Law Commission of England & Wales "Review of the Arbitration Act 1996" *Consultation Paper* 257 (2022), available at <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jxou24uy7q/supremecourt/2022/09/Arbitration-Consultation-Paper.pdf>.

10. See *Russel v Russel* (1880) LR 14 Ch D 471 at pp. 474 – 475, where the Chancery Division noted in respect of arbitration agreements that "[a]s a rule, persons enter into these contracts with the express view of keeping their quarrels from the public eyes, and of avoiding that discussion in public".

11. *Halliburton Co v Chubb Bermuda Insurance Ltd* [2020] UKSC 48, available at <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2018-0100-judgment.pdf>.

12. *Department Of Economic Policy & Development Of City Of Moscow & Anor v Bankers Trust Company & Another* [2004] EWCA Civ 314, at para. 2, available at <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2004/314.html>.

to arbitrate instead of litigating in court is (partly) due to their expectation of the hearings being private and proceedings remaining confidential.¹³

25. The Civil Procedure Rules of 1998, in Part 62, provide for a streamlined and flexible framework for English courts to resolve disputes and hear claims arising out of arbitration agreements or awards, and to support the principles of party autonomy, confidentiality, and finality of arbitral awards. Notably, rule 62.10 provides that a court may order that proceedings which relate to arbitration proceedings (e.g., to intervene in the appointment of arbitrators or to review, set aside or enforce an award) can be heard in public or in private. In analyzing this rule, English courts have noted that its intention was partly to promote the choice of England as a seat for international arbitration by reducing the risk of court interference and unnecessary publicity in that regard.¹⁴

26. Through rule 62.10, “*arbitration claims*” (that is, any application relating to arbitration) can therefore remain private in English court proceedings.¹⁵

27. However, even under English law, despite its acknowledgement of an implied term of confidentiality and appropriate procedural rules to safeguard confidentiality in ensuing litigation, not all types of arbitration are confidential by default. Under English common law, there are several exceptions to confidentiality. The extent and application of these exceptions have, however, historically been difficult to define.¹⁶ Although courts have listed some exceptions to confidentiality in certain circumstances,¹⁷ the Supreme Court has cautioned that these remain in the process of development.¹⁸

28. Therefore, although English common law continues to recognize the implied confidentiality of arbitrations, the legislature has steered clear from the

13. See *John Foster Emmott v Michael Wilson & Partners Limited (MWP)* [2009] EWCA Civ 184, at para. 62, available at https://www.trans-lex.org/301850/_/john-forster-emmott-v-michael-wilson-partners%C2%A0limited-%5b2008%5d-ewca-civ-184/; *Hassneh Insurance Co. of Israel and Others v Stuart J. Mew* [1993] 2 Lloyd's Rep. 243, at pp. 246-7, available at <https://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=149957>; *Department Of Economic Policy & Development Of City Of Moscow & Anor v Bankers Trust Company & Another* [2004] EWCA Civ 314, at paras. 2 and 30, available at <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2004/314.html>.

14. See *Department Of Economic Policy & Development Of City Of Moscow & Anor v Bankers Trust Company & Another* [2004] EWCA Civ 314, at para. 30, available at <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2004/314.html>.

15. It has however been noted that applications under section 45 (preliminary point of law) and 69 (appeal on point of law) tend to be held in public (see Law Commission of England & Wales “Review of the Arbitration Act 1996” *Consultation Paper 257* (2022), para. 2.9, available at <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jsxou24uy7q/uploads/2022/09/Arbitration-Consultation-Paper.pdf>).

16. See, e.g., *Tournier v National Provincial and Union Bank of England* [1924] 1 KB 461, pp. 479; 481, where the court said that there was no authority on the question of exceptions to confidentiality. So too did Lord Justice Scrutton say that the exceptions were difficult to state.

17. See, e.g. the *Emmott* case (fn. 11 above) at para. 107 where the court listed the exceptions as follows: “the first is where there is consent, express or implied; second, where there is an order, or leave of the court (but that does not mean that the court has a general discretion to lift the obligation of confidentiality); third, where it is reasonably necessary for the protection of the legitimate interests of an arbitrating party; fourth, where the interests of justice require disclosure, and also (perhaps) where the public interest requires disclosure.”

18. A point noted by Lord Hodge in *Halliburton Co v Chubb Bermuda Insurance Ltd* [2020] UKSC 48 at para. 85, available at <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2018-0100-judgment.pdf>.

temptation to legislate in favour of a general principle of confidentiality because, as intimated by the Law Commission – perhaps “one size does not fit all.”¹⁹

Non-African jurisdictions

29. Singapore has adopted a similar approach to that of England and Wales. Although the Singapore International Arbitration Act does not expressly provide for confidentiality in arbitral proceedings, common law implies confidentiality obligations.²⁰ Court proceedings under the Singapore International Arbitration Act, including applications for the judicial recognition and enforcement of awards, must be heard in private (unless the court on its own motion or upon application of any person decides otherwise).²¹ Further, in the event of any court proceedings in terms of the relevant arbitral legislation, a court hearing the matter can, upon application by any of the parties, give directions as to whether any and, if so, what information relating to the proceedings may be published. This position was also tacitly accepted in Hong Kong.²²

30. However, when one compares the views on confidentiality in England and Wales and Singapore with those of other jurisdictions, the challenges that this issue raises for courts and legislatures around the world become apparent. In fact, in recent years, the general trend has shifted away from the assumption of confidentiality for international arbitral proceedings as a whole. Arbitrations in which the public interest was at play appear to have contributed to this trend.²³ For example:

- (a) In Australia, although the International Arbitration Act of 1974²⁴ and the Australian Centre for International Commercial Arbitration (ACICA) Rules²⁵ provide for confidentiality of arbitral proceedings, notwithstanding certain listed exceptions, the courts have been critical of the English position. In *Eso Australia Resources v Plowman*²⁶, the court expressly found that a party who enters into an arbitration agreement is not taken merely on that account to have contracted to keep confidential all documents produced and information disclosed to that party by another party in the arbitration.
- (b) In New Zealand, seemingly in response to widespread criticism of the position adopted in Australia in the *Eso* decision,²⁷ a statutory implied term

19. Law Commission of England & Wales “Review of the Arbitration Act 1996” *Consultation Paper* 257 (2022), available at <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jxou24uy7q/uploads/2022/09/Arbitration-Consultation-Paper.pdf>.

20. *AAY v AAZ* [2011] 1 SLR 1093, *Myanma Yang Chi Oo v Win Win Nu* [2003] 2 SLR(R) 547, and *International Coal v Kristle Trading* [2009] 1 SLR(R) 945.

21. Section 22 of the Singapore International Arbitration Act, available at <https://sso.agc.gov.sg/Act/IAA1994#:~:text=An%20Act%20to%20make%20provision,Convention%20on%20the%20Recognition%20and>.

22. *Oriental Press Group Ltd v Next Magazine Publishing Ltd* [1998] 40 HKCU 1.

23. Redfern & Hunter: *Law and Practice of International Commercial Arbitration* 7th Ed, para. 2.187, available at [https://uk.westlaw.com/Document/I850654C0ADF911ED9B368076A8107E5B/View/FullText.html?ppcid=529f8437d9144a14b79666a01659a01c&originationContext=documentt oc&transitionType=CategoryPageItem&contextData=\(sc.Default\)&nortId=I8C73BA90ADF911ED90D9D5460E340817&comp=books&navId=8A3097605A6D59713D9ED2D46FA5FC25&firstPage=true](https://uk.westlaw.com/Document/I850654C0ADF911ED9B368076A8107E5B/View/FullText.html?ppcid=529f8437d9144a14b79666a01659a01c&originationContext=documentt oc&transitionType=CategoryPageItem&contextData=(sc.Default)&nortId=I8C73BA90ADF911ED90D9D5460E340817&comp=books&navId=8A3097605A6D59713D9ED2D46FA5FC25&firstPage=true).

24. Available at <https://www.legislation.gov.au/Details/C2018C00439>.

25. Available at https://acica.org.au/wp-content/uploads/2022/11/ACICA_Rules_2021-WFF7.pdf.

26. Available at <https://jade.io/article/67885>.

27. *Arbitration and Dispute Resolution*, Williams and Kawharu, in the 2009 New Zealand Law Review, p. 100, available at https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/media012571264898900williams_arbitration_and_dr.pdf.

as to confidentiality and privacy in respect of arbitration agreements was hastily introduced in the Arbitration Act of 1996, at section 14. In 2000, the High Court of New Zealand, in *Television NZ Ltd v Langley Productions Ltd*, exposed the inadequacies in this enactment.²⁸ The court found that the cloak of confidentiality would be lost in certain circumstances, including as soon as one of the parties to an arbitral award seeks the recognition and enforcement of the award in local courts. In the subsequent amendments to the Arbitration Act of 1996, the legislator therefore introduced a more comprehensive regime dealing with confidentiality obligations.²⁹ A notable feature of such regime is that if, during the course of arbitral proceedings any disputed issues concerning confidentiality are raised, such disputes must first be resolved by the arbitral tribunal itself, with the High Court available for appeals against such decisions.

(c) In Sweden, as in Australia, the Swedish Arbitration Act 1999³⁰ does not contain any rules governing the confidentiality of arbitrations and the courts of Sweden have rejected the existence of an implied duty of confidentiality in arbitration.³¹

(d) In France, prior to the revision of the arbitration provisions of the Code of Civil Procedure in 2011 (which provides that only domestic arbitrations are confidential by default³²), it was at one point arguable on the basis of an isolated decision that French law also recognised an implied obligation of confidentiality in arbitrations.³³ However, in the case of *National Company for Fishing and Marketing (Nafimco) v Foster Wheeler Trading Company*,³⁴ the Paris Court of Appeal denied a claim for breach of confidentiality on the basis that it was incumbent upon the party asserting this claim to establish that such a general obligation of confidentiality exists under French law and that it had failed to do so.

(e) In Switzerland, arbitrators are bound by an implicit duty of confidentiality with respect to the proceedings, but this does not extend to the parties themselves or to third parties involved in the arbitration.³⁵

28. Arbitration and Dispute Resolution, Williams and Kawharu, in the 2009 New Zealand Law Review, p. 101, available at https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/media012571264898900williams_arbitration_and_dr.pdf.

29. Section 14B read with sections 14C, 14D and 14E.

30. Available at https://sccarbitrationinstitute.se/sites/default/files/2022-11/the-swedish-arbitration-act_1march2019_eng-2.pdf.

31. Redfern & Hunter: Law and Practice of International Commercial Arbitration 7th Ed, para. 2.193, available at [https://uk.westlaw.com/Document/I850654C0ADF911ED9B368076A8107E5B/View/FullText.html?ppcid=529f8437d9144a14b79666a01659a01c&originationContext=documentto c&transitionType=CategoryPageItem&contextData=\(sc.Default\)&nortId=I8C73BA90ADF911ED90D9D5460E340817&comp=books&navId=8A3097605A6D59713D9ED2D46FA5FC25](https://uk.westlaw.com/Document/I850654C0ADF911ED9B368076A8107E5B/View/FullText.html?ppcid=529f8437d9144a14b79666a01659a01c&originationContext=documentto c&transitionType=CategoryPageItem&contextData=(sc.Default)&nortId=I8C73BA90ADF911ED90D9D5460E340817&comp=books&navId=8A3097605A6D59713D9ED2D46FA5FC25).

32. Article 1464, para. 4 of the French Code of Civil Procedure, available at <http://www.parisarbitration.com/wp-content/uploads/2014/02/French-Law-on-Arbitration.pdf>.

33. See *Aïta v Ojje*, Cour d'appel de Paris, 18 February 1986, Rev. arb., p. 583, where the court dismissed an action to annul an arbitral award rendered in London, but ruled that the annulment action violated the principle of confidentiality.

34. *NAFIMCO v. Société Foster Wheeler Trading Company AG*, Cour d'appel de Paris, 22 January 2004, Rev. arb., p. 647.

35. Redfern & Hunter: Law and Practice of International Commercial Arbitration 7th Ed, para. 2.193, available at <https://uk.westlaw.com/Document/I850654C0ADF911ED9B368076A8107E5B/View/FullText.html?ppcid=529f8437d9144a14b79666a01659a01c&originationContext=documentto>

(f) The United States of America does not have a federal statute that explicitly provides for confidentiality of arbitrations, nor are there implied confidentiality obligations in arbitrations.³⁶

(g) In Canada, the current position is not entirely inconsistent with an implied obligation of confidentiality in arbitration. The Federal Court of Canada has however stressed the importance of the “*open court*” principle, in both the proceedings and relevant material, which allows the public to assess and criticise judicial practices and procedures. The court also noted that it concerns freedom of expression, and will only yield where “*public interest in confidentiality outweighs the public interest in openness*.”³⁷ There also appears to be a tendency for Canadian courts to find that arbitration documents that are relevant to subsequent litigation will not be protected from disclosure simply because they became known during arbitral proceedings.³⁸

(h) In the Cayman Islands, the Arbitration Law Act of 2012 provides that arbitral proceedings shall be private and confidential.³⁹ Interestingly, however, the same instrument provides that any court proceedings pursuant thereto shall be heard in “*open court*” unless a party makes an application for those proceedings to be heard otherwise.⁴⁰ Certain exceptions to confidentiality apply, including where the other party provides express or implied authorisation for the disclosure of confidential information.

(i) In Spain, the Spanish Arbitration Act⁴¹ (article 24.2) *oblige* parties and arbitrators to keep the arbitration proceeding and information exchanged therein confidential, unless agreed otherwise. This does not however extend to the publication of awards and other decisions of the tribunal (unless any party opposes publication).

(j) Similarly, in Portugal, the Voluntary Arbitration Law 63/2011⁴² (article 30.5) also obliges parties and arbitrators to keep the proceedings and information confidential. Like Spain, this does not extend to the publication of awards by tribunals. Notably, in subsequent legislation enacted in Portugal, all public law arbitral decisions must now be published online, with any details identifying the parties redacted, as a condition for enforcement.⁴³

c&transitionType=CategoryPageItem&contextData=(sc.Default)&ortId=I8C73BA90ADF911ED90D9D5460E340817&comp=books&navId=8A3097605A6D59713D9ED2D46FA5FC25.

36. *United States v. Panhandle Eastern Corp.* 118 F.R.D. 346 (1988), available at <https://cite.case.law/fird/118/346/>.

37. *Sierra Club of Canada v Canada (Minister of Finance)*, 2002 SCC 41, available at <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1981/index.do>.

38. Confidentiality in Arbitration: A Principled Approach, Bennett and Hodgson, in McGill Journal of Dispute Resolution, Vol 3 (2016-2017), p. 109, available at https://www.canlii.org/en/commentary/doc/2016CanLIIDocs135#!fragment/zoupio-_Toc3Page12/BQCwhgziBcwMYgK4DsDWszlQewE4BUBTADwBdoAvbRABwEtsBaAfX2zgGYAFMAc0ICMAJgCUAGmTZShCAEVEhXAE9oAcIVilhMLgTZFK9Zu26QAZTykAQioBKAUQAy9gGoBBAHIBhe2NjgAl2hSdherIA.

39. Section 81(1), available at <http://gazettes.gov.ky/portal/pls/portal/docs/1/11525281.PDF>.

40. Section 83.

41. Available at <https://www.boe.es/buscar/pdf/2003/BOE-A-2003-23646-consolidado.pdf>.

42. Available at https://www.arbitrare.pt/media/3124/law-on-voluntary-arbitration_no-63-2011-14-december.pdf.

43. Law 118/2019 of 17 September 2019, see the Global Arbitration Review on Portugal, P M de Napoles, 3 December 2020, available at <https://globalarbitrationreview.com/review/the-european-arbitration-review/2021/article/portugal>.

(k) Norway adopts an 'opt in' system that is similar to those in Australia and Sweden.⁴⁴

(l) China's Arbitration Law and the Arbitration Law⁴⁵ and the arbitration-related legal content in the Civil Procedure Law and the Civil Code⁴⁶ are both silent on whether arbitrations ought to be confidential.

(m) In Germany, the German Code of Civil Procedure⁴⁷ does not provide any statutory imposition of confidentiality relating to arbitration. However, as in Austria and Bulgaria, commentators and courts are divided as to whether a duty of confidentiality may be implied into an arbitration agreement in these jurisdictions.⁴⁸

(n) Finally, in India, the Arbitration and Conciliation (Amendment) Act, 2019 broadly provides that the arbitrators, arbitral institution and the parties to the arbitration agreement shall maintain confidentiality of all arbitral proceedings except where its disclosure is necessary for the purpose of implementation and enforcement of an award.⁴⁹

African jurisdictions (excluding South Africa)

31. Several African countries have also adopted contrasting positions. For example:

(a) In Nigeria, the newly-promulgated Arbitration and Mediation Act (2023) is silent on the confidentiality of arbitrations – as opposed to mediation where “*all information relating to ... mediation proceedings shall be kept confidential*”⁵⁰ subject to certain exceptions where disclosure is required (one of which, interestingly, is where disclosure “*is necessary for the protection of public order*”).⁵¹

(b) In Tanzania, arbitration legislation was historically silent with respect to confidentiality.⁵² The relatively new Arbitration Act of 2020, which regulates both domestic and international arbitrations, however provides for privacy of hearings⁵³

44. Norwegian Arbitration Act, 2004, section 5, available at <https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/2013/07/Norway-Arbitration-Law.pdf>.

45. Available at <http://english.mofcom.gov.cn/article/policyrelease/Businessregulations/201312/20131200432698.shtml>.

46. Available at <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/49687/108073/F-10525823/CHN49687%20Eng%202007.pdf>.

47. Available at <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/89715/103683/F-595450696/ZPO.pdf>.

48. Redfern & Hunter: Law and Practice of International Commercial Arbitration 7th Ed, para. 2.193, available at [https://uk.westlaw.com/Document/I850654C0ADF911ED9B368076A8107E5B/View/FullText.html?ppcid=529f8437d9144a14b79666a01659a01c&originationContext=documentto c&transitionType=CategoryPageItem&contextData=\(sc.Default\)&nortId=I8C73BA90ADF911ED90D9D5460E340817&comp=books&navId=8A3097605A6D59713D9ED2D46FA5FC25](https://uk.westlaw.com/Document/I850654C0ADF911ED9B368076A8107E5B/View/FullText.html?ppcid=529f8437d9144a14b79666a01659a01c&originationContext=documentto c&transitionType=CategoryPageItem&contextData=(sc.Default)&nortId=I8C73BA90ADF911ED90D9D5460E340817&comp=books&navId=8A3097605A6D59713D9ED2D46FA5FC25).

49. Arbitration and Conciliation (Amendment) Act 33 of 2019 of India, section 42A, available at <https://egazette.nic.in/WriteReadData/2019/210414.pdf>.

50. Arbitration and Mediation Act (2023) (Nigeria), section 76, available at <https://www.lawyerd.org/wp-content/uploads/2023/05/Arbitration-and-Mediation-Act.pdf>.

51. *Ibid.*, section 76(d).

52. Arbitration Act (Tanzania), Cap 15 [Revised Edition 2002] did not include any provisions regarding confidentiality or privacy of domestic or international arbitrations.

53. Arbitration Act 2020 (Tanzania), section 39(1), available at <https://mmuu.sheria.go.tz/storage/534b6bed051a69b086d26a9faf67ea53.pdf>.

and obliges parties and arbitral tribunals to keep all pleadings, submissions, evidence, transcripts and awards confidential.⁵⁴

(c) In Mauritius, the International Arbitration Act of 2008 does not provide for automatic confidentiality of arbitrations. There is also no implied obligation of confidentiality. In fact, the default position is that proceedings relating to the recognition and enforcement of foreign arbitral awards are to be heard in public by the Supreme Court of Mauritius.⁵⁵ Although the court may close these proceedings to the public upon application by the parties or if the court deems it to be in the interest of justice to do so, any announcement of the decision by the court in this regard shall be made in public.⁵⁶

(d) In Kenya, there is also no statutory provision providing for the confidentiality of arbitral proceedings. Courts in Kenya have found both for and against implied confidentiality of arbitrations. For example, the position of the High Court of Nairobi in *Nedermar Technology BV Ltd and the Kenya Anti-Corruption Commission and another*, petition 390 of 2016, according to which arbitral proceedings are “*absolutely confidential*”,⁵⁷ can be contrasted with *Senator Johnstone Muthama v Tanathi Water Services Board & 2 others*, Application No. 374 of 2013, where the same court suggested that arbitrations should be open to the public just like litigation, especially where the dispute involves a public entity.⁵⁸

(e) In Egypt, the Egyptian Arbitration Act No. 27 of 1994⁵⁹ does not provide for the confidentiality and/or privacy of arbitral proceedings. The Egyptian courts have however demonstrated an intention to uphold the parties’ choice to include express confidentiality clauses in their agreements and they may award damages for any violation of such clauses that causes harm to the other party.⁶⁰

(f) In Angola, whilst the main statute addressing arbitration, namely Law 16/03 of 25 July 2003,⁶¹ does not impose confidentiality or privacy obligations on the parties, the preamble acknowledges the “*confidential and settling nature*” of arbitrations. Although not yet tested by their courts, this may give credence to an argument in favour of an implied obligation of confidentiality in Angola.

(g) The OHADA member countries⁶² rely on the provisions of the OHADA Uniform Act on Arbitration⁶³ for arbitral proceedings seated in any of the

54. *Ibid.*, section 39 (2) read with the definition of “*confidential information*”.

55. Mauritius International Arbitration Act of 2008, section 42 (1B)(a), available at <https://www.marc.mu/media/2906/international-arbitration-act-2008-amended-2013.pdf>.

56. *Ibid.*, section 42 (1B)(b).

57. *Nedermar Technology BV Ltd and the Kenya Anti-Corruption Commission and another*, Petition 390 of 2016, p. 13, available at <http://kenyalaw.org/caselaw/cases/view/43534>.

58. *Senator Johnstone Muthama v Tanathi Water Services Board & 2 others*, Application No. 374 of 2013, paras. 13 and 18, available at <http://kenyalaw.org/caselaw/cases/view/94993>.

59. Available at <https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2022/06/Law-No.-27-1994-Promulgating-the-Law-Concerning-Arbitration-in-Civil-and-Commercial-Matters.pdf>.

60. Shehata, I., “Arbitration in Egypt: A Practitioner’s Guide” *Wolters Kluwer* 2021, p. 133 (referring to Cairo Court of Appeal, Challenge No. 2/Judicial Year 131, Hearing dated 4 January 2016).

61. Available at https://africaarbitration.org/resources/law/Law%20No.%2016_03%20LAV%20Angolana%20em%20ingle%CC%82s.pdf.

62. Benin, Burkina Faso, Cameroon, Central African Republic, Côte d’Ivoire, Congo, Comoros, Gabon, Guinea, Guinea Bissau, Equatorial Guinea, Mali, Niger, the Democratic Republic of Congo (DRC), Senegal, Chad and Togo.

63. Available at <https://www.droit-afrique.com/uploads/OHADA-Uniform-Act-1999-arbitration.pdf>.

17 OHADA member states. While this instrument does not expressly provide for the confidentiality or privacy of arbitral proceedings the CCJA Arbitration Rules specifically impose strict confidentiality obligations on tribunals, parties, counsel, experts and “any [other] person involved in the arbitral proceedings” with respect to all information and documents in the proceedings.⁶⁴

International best practice

32. International best practice emerges from a comparison of these different views from around the world: should arbitration be confidential by law, by an implied term in the arbitration agreement, or not confidential at all either through legislative or jurisprudential rules?

33. The answer, it would appear, lies somewhere in the middle.

34. The best way to create certainty as to whether an arbitration is confidential is to provide for confidentiality in the agreement itself. By doing so, parties can clearly define their expectations and obligations in this regard. This is typically done in large-scale commercial contracts (which incorporate arbitration clauses).

35. Absent such agreement, and by comparing the contrasting positions above, it is apparent that different legal systems adopt contradictory and inconsistent approaches to confidentiality in arbitrations. Some jurisdictions have attempted to legislate in favour of the confidentiality of arbitrations. This provides certainty but may not capture the nuances and evolving nature of the exceptions to confidentiality that may arise in practice. Other jurisdictions leave the matter of confidentiality to the discretion of the courts, which empowers courts to develop case law and to make appropriate findings on a case-by-case basis, but this may lead to uncertainty as to the prevailing position and unpredictability in future cases.

36. Moreover, there is a growing recognition across some jurisdictions of the need for transparency in arbitrations, especially when they involve state/public entities.⁶⁵ However, legislators and courts have acknowledged that transparency should not undermine the parties’ autonomy and expectations of confidentiality, which may be justified by legitimate interests such as trade secrets, sensitive information, or reputational concerns.⁶⁶ Therefore, a balance should be sought between transparency and confidentiality, taking into account the nature and context of each arbitration.

37. It therefore comes as no surprise that “*striking an appropriate balance between confidentiality and appropriate transparency*” in arbitrations (particularly in investor-state arbitrations but also commercial international arbitrations) has been regarded by some as one of the key elements of an effective, efficient and safe seat for conducting international arbitration.⁶⁷

64. CCJA Arbitration Rules, article 14.

65. Gu, W., “Confidentiality Revisited: Blessing or Curse in International Commercial Arbitration?” *American Review of International Arbitration* 15 (2006) 607, at pp. 24 – 25, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2641317>. See also footnote 35 above in respect of the position in Portugal and section 11(1) of the International Arbitration Act (South Africa) – dealt with in further detail below.

66. *Ibid.*, at pp. 24-25.

67. This was reinforced as one of the elements identified by the Chartered Institute of Arbitrators (CI Arb), see CI Arb London Centenary Principles 2015 – also generally referred to as the “London Principles”, available at <https://www.ciarb.org/media/1263/london-centenary-principles.pdf>. See also Lim, W. and Travaini, G., “AFSA Launches New International Arbitration Rules for Public Comment” *Kluwer*

III. – South Africa

The South African legislative position

Rooted in English law

38. South Africa has a unique legal framework for arbitrations. At its core, arbitration law in South Africa draws from a mixture of the civil and common law influences. English legislation from the 17th – 19th centuries was influential in South African legal development in the field of arbitration, as South Africa was occupied by England twice (first in 1795 and again in 1806).⁶⁸ The English legal influence continued after the second occupation. Between 1898 and 1904, the English Arbitration Act of 1889, and the case authority associated with it, proved to be extremely influential in South African legal development.⁶⁹ Indeed:

- (a) The provincial statutes and ordinances in Natal,⁷⁰ the Cape⁷¹ and the Transvaal⁷² in the 1890s and early 1900s were strongly influenced by the English Arbitration Act of 1889; and
- (b) The Domestic Arbitration Act of 1965 (see below) was modelled upon its English counterpart, namely the English Arbitration Act of 1950.⁷³

39. These alignments are notable, as English case law seems to suggest that privacy (and potentially confidentiality too) have been implied in arbitrations for centuries and arguably from as early as 1880.⁷⁴ On that basis, it is arguable that South Africa imported an implied term of confidentiality in arbitrations from English law for local use long before the enactment of the Domestic Arbitration Act in 1965. Yet, as noted further below – the South African courts have yet to draw these parallels.

Two parallel and distinct arbitration acts

40. Domestic arbitrations are subject to the outdated Domestic Arbitration Act of 1965 (the **Domestic Arbitration Act**),⁷⁵ while international arbitrations are covered by the modern and UNCITRAL Model Law-based International Arbitration Act of 2017 (the **International Arbitration Act**).⁷⁶ This creates a contrast between

Arbitration Blog, 23 July 2020, available at <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/07/23/afsa-launches-new-international-arbitration-rules-for-public-comment/>, where the authors suggest that “striking a balance between confidentiality and transparency” reflects recent developments and best practices in international arbitration globally and addresses an emerging concern of arbitration users.

68. Rantsane, D.P., “The Origin of Arbitration Law in South Africa” *PER / PELJ* 2020 (23) – DOI, p. 13, available at <http://dx.doi.org/10.17159/1727-3781/2020/v23i0a8963>.

69. *Ibid.*

70. Arbitration Act 24 of 1898 (Natal).

71. Arbitration Act 29 of 1898 (Cape of Good Hope).

72. Arbitration Ordinance 24 of 1904 (Transvaal).

73. Available at https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1950/27/pdfs/ukpga_19500027_en.pdf.

74. See *Russel v Russel* (1880) LR 14 Ch D 471.

75. Available at https://www.gov.za/sites/default/files/gcis_document/201505/act-42-1965.pdf.

76. Available at https://www.gov.za/sites/default/files/gcis_document/201712/41347internationalarbitrationact15of2017.pdf.

these two types of arbitrations in South Africa, which leads to fundamental differences in arbitral practices, including as regards confidentiality and privacy of arbitral proceedings.

Domestic Arbitration Act

41. The Domestic Arbitration Act does not protect the privacy or confidentiality of the parties or the arbitration process. In fact, as the English Arbitration Act of 1950 did, it allows local courts to intervene at various stages of the arbitral process upon the mere showing of “good cause” by a party to the arbitration agreement. The courts can appoint and remove arbitrators, make rulings on the arbitrators’ remuneration, rule on the arbitral tribunal’s jurisdiction, allow or disallow certain procedural rules and intervene generally in the arbitral procedure. The grounds upon which the courts may do so include the following:

- (a) Section 3(2): Empowering the courts, on application of any party, to (i) set aside the arbitration agreement; (ii) order that any particular dispute shall not be referred to arbitration; and/or (iii) order that the arbitration agreement cease to have effect with reference to any particular dispute referred;
- (b) Section 4(2): Providing that arbitrations shall be stayed upon the death of any party to the arbitration agreement, subject to any order that the court may make in that regard;
- (c) Section 6: Providing that courts may stay legal proceedings, subject to such terms that the court may deem just, where there is an arbitration agreement;
- (d) Section 7(1): Empowering the courts to order that a particular dispute between the parties be determined by way of interpleader before the courts;
- (e) Section 8: Allowing the courts to unilaterally extend time fixed in an arbitration agreement for commencing arbitration proceedings;
- (f) Sections 10(2), 12, 13 and 23: Empowering the courts to (i) set aside arbitrator appointment(s) by the parties (in which event the court may order that such arbitrator shall not be entitled to any remuneration) and/or (ii) grant parties extensions to make such appointments and/or (iii) appoint arbitrators outright upon deadlock between the parties; and/or (iv) extend the time given to arbitral tribunals to issue their awards;
- (g) Sections 14(1) and 16: Ordering that evidence may be given during the arbitral proceedings by way of affidavit and/or to subpoena witnesses to appear in the arbitral proceedings;
- (h) Section 20: Allowing parties to approach the courts for an ‘opinion’ on any question of law arising in the course of the arbitration;
- (i) Section 21: Setting out the ‘general powers of the court’, which states that the court shall have “*the same power of making orders in respect of*” several procedural and interlocutory matters (like security for costs, discovery of documents and inspection of goods or property);
- (j) Sections 31 and 35: Allowing the courts to, on notice by a party, make an arbitral award an order of court – and in the process correcting the award in respect of any ‘clerical’ mistakes or errors and/or ordering that costs should be taxed and, in the absence of the tribunal having ordered the scale of costs, fix the scale of such taxation.

42. The South African courts are not required to uphold any form of privacy or confidentiality when hearing parties on the above issues or making their rulings. Conversely, in England and Wales, the Civil Procedure Rules now contain mechanisms to uphold the privacy and confidentiality of ensuing court litigation.⁷⁷

43. Despite being based on English law at the time, the Domestic Arbitration Act has been criticized for providing the courts with extended powers of intervention in arbitral proceedings. As a result, many commentators and practitioners have called for legislative reform.⁷⁸ To this end, the South African Law Reform Commission conducted an investigation to consider how to incorporate the best features of the English Arbitration Act 1996 into more up to date domestic legislation.⁷⁹

44. Although the Domestic Arbitration Act is outdated and requires reform, and the above provisions provide the courts with extended powers to intervene in arbitral proceedings, this should not mean *per se* that arbitrations are not inherently confidential, nor that the uncertainty that exists in this regard can only be resolved with appropriate legislative amendments. Indeed:

(a) The Domestic Arbitration Act was based primarily on its English counterpart at the time (which also provided wide powers to the courts without parallel privacy/confidentiality provisions). The current English Arbitration Act 1996 also contains similar provisions, allowing the courts to intervene by way of public hearings.

(b) As noted by the UK's Law Commission in its review of the Arbitration Act of 1996 in September 2022, applications under section 45 (preliminary point of law) and section 69 (appeal on a point of law) tend to be held in public, but this does not detract from the implied term of confidentiality in arbitrations.⁸⁰

(c) The circumstances under which the Domestic Arbitration Act was enacted in the 1960s (where litigation did not experience the level of media coverage that it does today) meant that parties could more easily maintain the confidentiality and privacy of their court proceedings.

45. That said, the assumption that parties have elected to arbitrate confidentially and privately cannot dictate the position in respect of future litigation in connection with the arbitration. In England, these are classified as "*arbitration claims*" under the Civil Procedure Rules (Rule 62.2 in particular). Rule 62.10 should only represent a starting point, because such proceedings are no longer consensual.

46. The possibility of pursuing such "*arbitration claims*" exists in the public interest. Indeed, the English courts, when called upon to exercise the supervisory role assigned to them under the Arbitration Act 1996, act as a branch of the state, not as a mere extension of the consensual arbitral process. They are acting in the public interest to facilitate the fairness and robustness of a consensual method of

77. See para. 25 above.

78. Sarkodie, 2014 GAR 1; Butler, D., 1994 CILSA 118; Gauntlett, J., "Legal System of South Africa", paper delivered at the SADC International Arbitration Workshop, Le Victoria, Mauritius, 11 and 12 April 2007.

79. South African Law Commission, "Arbitration: An International Arbitration Act for South Africa", Project 94 (1998).

80. Law Commission of England & Wales, "Review of the Arbitration Act 1996", Consultation Paper 257 (2022), paras. 2.7 *et seq.*, available at <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-product-storage-11jsxou24uy7q/uploads/2022/09/Arbitration-Consultation-Paper.pdf>.

dispute resolution. Nevertheless, the English Rule Committee and the courts can still take into account the parties' expectations regarding privacy and confidentiality when agreeing to arbitrate (which is exactly what has been done by way of Rule 62 and by the courts acknowledging implied confidentiality in England).

47. Learning from England, legislative reform is therefore *not* necessary, nor in fact advisable, to create certainty and/or to protect the privacy and confidentiality of domestic arbitral proceedings in South Africa. A different and more inventive approach is required.

International Arbitration Act

48. Section 11 of the International Arbitration Act provides that:

"(1) Arbitration proceedings to which a public body is a party are held in public, unless for compelling reasons, the arbitral tribunal directs otherwise."

"(2) Where the arbitration is held in private, the award and all documents created for the arbitration which are not otherwise in the public domain must be kept confidential by the parties and tribunal, except to the extent that the disclosure of such documents may be required by reason of a legal duty or to protect or enforce a legal right."

49. In general, the International Arbitration Act provides courts with significantly fewer powers to intervene in arbitral proceedings (compared to the Domestic Arbitration Act).

50. It is also encouraging that the legislature clearly aimed to distinguish between international arbitration proceedings in which a public body is a party (which need to be held in public absent compelling reasons to the contrary), and those that require privacy. However, the criteria for (i) establishing when there are "*compelling reasons*" to allow privacy for arbitrations with a public body; and (ii) defining which arbitrations are to be "*held in private*" – are ambiguous and have yet to face judicial scrutiny.

51. Furthermore, section 17 of the International Arbitration Act contradicts the privacy and confidentiality guarantees of section 11. It requires parties who seek to enforce a foreign arbitral award to present and file (on the publicly available court file) a complete award and arbitration agreement in their recognition and enforcement application, without any safeguards for privacy and confidentiality. This exposes the arbitration, its outcome and the arbitral tribunal's reasoning to the scrutiny of the public and third parties.

Mainstream arbitral rules

52. The main arbitral rules in South Africa, published by AFSA, do not take the matter of confidentiality of arbitrations any further. In this regard:

(a) The AFSA Commercial Rules for Domestic Arbitrations provide that arbitrations shall be conducted privately and that the Secretariat and Registrar of AFSA (but not the parties) shall maintain the confidentiality of the proceedings;⁸¹ and

81. AFSA Commercial Rules for Domestic Arbitrations, article 21.2, available at <https://arbitration.co.za/domestic-arbitration/commercial-rules/>.

(b) The AFSA Rules for International Arbitrations provide that “as a *general principle*” the parties undertake to keep confidential all awards and materials in the arbitration.⁸² There are certain carve-outs to this obligation – namely that disclosure can be made if required (i) by a legal duty; (ii) to protect or pursue a legal right; or (iii) to enforce or challenge an award before a state court.⁸³ Additionally, these rules provide that AFSA may publish duly anonymised or pseudonymised arbitral awards.⁸⁴

South African case law

53. The South African jurisprudence on the confidentiality of arbitrations is unfortunately sparse.

The Replication case

54. In 2009, the High Court of South Africa was asked to determine whether arbitrations are inherently confidential in South Africa (particularly whether documents from arbitrations can be disclosed in subsequent litigation).⁸⁵ The case came before the court prior to the enactment of the International Arbitration Act, and the court’s analysis was therefore predicated on the position under the Domestic Arbitration Act only.

55. The existence of an implied term of confidentiality in arbitration was the basis of the applicants’ challenge to the respondent’s use of documents disclosed in a previous arbitration between them.

56. The court compared the two contrasting positions in England and Wales, on the one hand, and Australia, on the other. First, the court referred to English case law⁸⁶ in support of the notion that the public interest in privacy and confidentiality (based on an implied term in arbitration agreements) demands that courts should not allow parties to use documents except for the purpose of the action in which they were disclosed.⁸⁷ Then the court referred to the position in Australia – noting its contrasting position that, although arbitrations are generally private, they are not inherently confidential.

57. The court stated that there is no statutory foundation for arbitration proceedings in South Africa to be private and confidential but unfortunately failed to acknowledge South Africa’s roots in English common law as regards its arbitration framework. It did however acknowledge its inherent power to adapt the law by implying a general term into arbitration agreements based on policy grounds

82. AFSA Rules for International Arbitrations, article 36.1, available at <https://arbitration.co.za/international-arbitration/international-rules/>.

83. *Ibid.*, article 36.1 (a) – (c).

84. *Ibid.*, article 36.3.

85. *Replication Technology Group and Others v Gallo Africa Ltd* 2009 (5) SA 531 (GSJ), available at <http://www.saflii.org/za/cases/ZAGPJHC/2009/8.html>.

86. Particularly, *Halcon International Inc v The Shell Transport and Trading Co and Others* [1979] RPC 97.

87. *Replication Technology Group and Others v Gallo Africa Ltd* 2009 (5) SA 531 (GSJ), available at <http://www.saflii.org/za/cases/ZAGPJHC/2009/8.html>.

(without actually doing so). It then analysed various sections of the Domestic Arbitration Act that imply that arbitrations are not intrinsically confidential. To this end, but again unfortunately without acknowledging the Domestic Arbitration Act's roots in English law, the court noted that sections 20 and 21 envisage various court applications made during arbitral proceedings, while section 31 enables an arbitral award to be recognized and enforced as a court order. Similarly, the court noted that according to the AFSA Commercial Rules for Domestic Arbitrations, only the Registrar and Secretariat, and not the parties, are bound by confidentiality duties in relation to the arbitration.

58. The court warned that if a term of confidentiality is to be implied in arbitration agreements, it must be done cautiously and in terms of public policy.⁸⁸ The court argued that one of the public policy grounds upon which the term can be implied is the promotion of full and frank discovery, but this, the court concluded, does not mean that the term should be implied as one of the *naturalia* in all arbitration agreements.⁸⁹

59. Noting all the court's militating arguments against an implied term of confidentiality, it appears that it was on its way to finding that implied confidentiality does not find application in South Africa. Regrettably, however, the court avoided a definitive ruling in this regard and found that it "*need not determine whether the English 'implied undertaking' [...] forms part of South African law.*"⁹⁰

60. The court did not consider the English common law basis of South Africa's arbitration laws and thus did not take into account the implied term of confidentiality in arbitration agreements under English law. We suggest that this historical connection could have affected the court's interpretation and the applicability of an implied term of confidentiality in such agreements. The court maintained that, even assuming the English position applied in South Africa, two of the exceptions under English law (namely that the implied term would not apply on the basis of (i) protection of the legitimate interests of an arbitrating party; and (ii) the interests of justice) would have found application.⁹¹

The Transnet case

61. In 2013, another division of the South African High Court had the opportunity to decide whether confidentiality should be implied in arbitrations. In *Transnet Ltd v MV Alina II*,⁹² Transnet Ltd, a South African state-owned entity, sought an order to compel MV Alina II (the owner of a vessel) to disclose documents and pleadings that were filed and exchanged during prior arbitration proceedings between MV Alina II and others.

88. *Replication Technology Group and Others v Gallo Africa Ltd* 2009 (5) SA 531 (GSJ), para. 16, available at <http://www.saflii.org/za/cases/ZAGPJHC/2009/8.html>. See also *Anglo Operations Ltd v Sandhurst Estates (Pty) Ltd* 2006 (1) SA 350 (T) 374 BG; *Van Nieuwkerk v McCrae* 2007 (5) SA 21(W) 26 DJ; *Ex parte Sapan Trading (Pty) Ltd* 1995 (1) SA 218 (W) 226 J – 227 E; and *South African Forestry Co Ltd v York Timbers Ltd* 2005 (3) SA 323 (SCA).

89. *Ibid.*, para. 16.

90. *Ibid.*, para. 17.

91. *Ibid.*

92. *Transnet Ltd v MV Alina II* 2013 (6) SA 556 (WCC), available at <https://www.mlasa.co.za/wp-content/uploads/2022/08/Transnet-Limited-v-MV-Alina-II-SA-2013.pdf>.

62. The case is notable for various reasons:

- (a) It involves Transnet Ltd, a South African state-owned entity that is publicly funded;
- (b) To protect its interests in pending litigation, Transnet sought the court's assistance in compelling another party, MV Alina II, to disclose arbitration documents previously exchanged in arbitration proceedings to which Transnet Ltd was not a party;
- (c) The underlying arbitration proceedings were seated in London, England, where, as noted above, there is an implied obligation on parties to protect the confidentiality of arbitral proceedings; and
- (d) The court conducted a thorough analysis of the position in various jurisdictions that are both in favour of and against the notion of implied confidentiality in arbitration.

63. Ultimately, as in the *Replication* case, the court avoided answering the question of whether confidentiality is implied in South African law and did not acknowledge the English law roots of South Africa's arbitration laws. The court also noted that even if it found that the English position applies, the documents in question should be disclosed in terms of one of the exceptions to confidentiality that exist under English law (namely that the public interest overrides the private obligation of confidentiality).⁹³

64. The court concluded by approving Lord Denning's comments in *Riddick v Thames Board Mills Ltd*,⁹⁴ that the reason for compelling discovery in such cases lies in the public interest in discovering the truth so that justice may be done, and seen to be done, between the parties.⁹⁵

The South African position – Conclusion

65. It follows that:

- (a) The laws that govern domestic and international arbitrations in South Africa are inconsistent. The Domestic Arbitration Act, on the one hand, allows parties to arbitrations to seek court intervention openly (without requiring the courts to respect any privacy and/or confidentiality) at almost every juncture of the arbitration process. The International Arbitration Act, on the other hand, seeks to protect the privacy and confidentiality of arbitrations that do not involve public bodies. However, this protection is limited, as the courts have to deal with recognition and enforcement matters in public, which ultimately undermines these confidentiality provisions;
- (b) The main arbitration rules that are used in South African arbitrations do not clarify the issue and, where confidentiality is required (e.g., in arbitrations that are subject to the AFSA Rules for International Arbitrations), there are several exceptions that have not been examined by or challenged before the courts;

93. *Ibid.*, para. 44.

94. *Riddick v Thames Board Mills Ltd* [1977] 3 All ER 677 (CA).

95. *Ibid.*, p. 687.

- (c) South African courts have avoided tackling the issue of whether arbitrations are inherently confidential, but have tended to favour transparency and the public interest over such a possibility. No implied term therefore exists at common law (noting the courts' failure to take into account the fundamental roots that South Africa's arbitration framework has in English law); and
- (d) South African law has a significant gap regarding confidentiality obligations in arbitrations – which arguably should, and can, be addressed both in the long and short term.

IV. – Recommendations for South Africa

66. First, parties should be encouraged to clearly and unambiguously stipulate their preferred level of confidentiality in their arbitration agreements. An all-too-common trend in this jurisdiction is to include standard, non-specific confidentiality provisions in arbitration agreements/clauses. This should not, however, detract from or override the need for transparency in arbitrations where state/public entities are involved.

67. Therefore, in order to balance the need for confidentiality and transparency in South Africa, we conclude that a hybrid approach should be adopted to address the above-mentioned legislative and common law gaps and to promote South Africa's attractiveness as a safe and efficient seat to resolve disputes. Our recommendations and proposals are set out below.

No legislative intervention required to clarify position on confidentiality

68. It is not necessary for parliament to intervene with respect to the issue of confidentiality, whether through any legislative amendments or new enactments. This approach may avoid unnecessary or restrictive interventions that do not suit South Africa's context and will (as in England and Wales) allow courts to develop the common law as needed. Learning from New Zealand, legislation adopted in haste can cause more problems than it solves.

69. That said, South Africa would benefit greatly from a consolidated arbitration act which regulates both domestic and international arbitrations – the most recent example of this on the continent being Tanzania with the enactment of its Arbitration Act of 2020.⁹⁶

Towards judicial activism

70. Of critical importance, in the absence of legislative certainty, however, is that the courts should address the issue of confidentiality in arbitrations directly when asked to do so. This is important to develop South Africa's common law

96. Available at <https://mmuu.sheria.go.tz/storage/534b6bed051a69b086d26a9faf67ea53.pdf>.

in order to provide guidance to parties involved in arbitrations in this jurisdiction going forward. Such case law should take into account:

- (a) South Africa's common law origins, especially its reliance on English law in the initial development of its arbitration framework. Courts should respect party autonomy and the fact that implied confidentiality of commercial arbitrations has probably already been incorporated into South Africa's common law;
- (b) The unique circumstances of South Africa after years of widespread corruption and the need for the public to observe the rendering of justice when state organs are involved, as well as the international trend to prefer transparency over confidentiality in some cases; and
- (c) The fact that South Africa's public interest, which should always be a key factor in deciding whether confidentiality applies in arbitrations, is different and should not blindly be compared to its equivalent in other countries.

71. In view of the historical reliance on the English position, we suggest that arbitrations in South Africa may have some confidentiality implied despite the courts' reluctance to acknowledge this in recent times. The recent legislation for international arbitrations could also support this suggestion, and should reasonably be extrapolated to domestic arbitrations. This would suggest that:

- (a) Commercial arbitrations involving private (*i.e.*, non-public/non-state-owned) parties should attract at least some measure of implied privacy and confidentiality. Measures should be imposed to protect and advance these considerations (to which end, see further below);
- (b) Conversely, arbitrations involving public/state-owned persons or entities should in principle be transparent and open to public scrutiny; and
- (c) The South African public interest should always guide the decision on whether to keep arbitration proceedings, materials exchanged and awards issued therein, confidential or not. This should override any confidentiality/non-disclosure agreements to the contrary.

Practice directives can be issued to address immediate confidentiality concerns

72. In the short term, South African courts can adopt practice directives specifically applicable to the privacy and confidentiality of proceedings brought pursuant to the Domestic Arbitration Act or International Arbitration Act in circumstances where the underlying arbitration agreement provides for confidentiality and/or if the courts ultimately determine that confidentiality can be implied in arbitrations. In our view, these can be adopted on the following basis:

- (a) Fundamentally, and as already prescribed by the South Gauteng High Court for tax-related matters, all proceedings that are brought under the auspices of the Domestic Arbitration Act or International Arbitration Act ***that do not involve a state organ or public body as a party to the underlying arbitration agreement*** should be brought and heard in camera. To this end, drawing inspiration from the International Arbitration Act of Singapore and the Civil Procedure Rules in England and Wales:

- (i) A court hearing any such proceedings should, on the application of any party to the proceedings, give directions as to whether any and, if so, what information relating to the proceedings may be published or whether the hearings should proceed in open court;
- (ii) A court hearing such proceedings should not permit the publication of information relating to the proceedings unless (i) all parties to the proceedings agree thereto; or (ii) the court is satisfied that the information, if published, would not reveal any matter, including the identity of any party to the proceedings, that any party to the proceedings reasonably wishes to remain confidential;
- (iii) Where a court gives judgment in such proceedings and considers that such judgment is of legal interest, the court is to direct that reports of the judgment may be published in law reports and professional publications but, if any party to the proceedings reasonably wishes to conceal any matter, then the court is to:
 - (A) give directions as to the action that is to be taken to conceal that matter in the reports/publications; and
 - (B) if the court considers that the matter raised by the party would likely be revealed through the report/publication, direct that no report may be published until the end of any period that it considers appropriate, but not exceeding 10 years.
- (b) Unless the proceedings are to be heard in public, the court files in these proceedings are to be sealed and kept separately by the Registrar of the court and must only be accessible to the judge allocated to the matter and the parties to the underlying arbitration;
- (c) As provided for in legislation in Portugal, all arbitral decisions involving public bodies (*i.e.*, decisions in favour of or against state-owned or other public entities) can be sent to the Ministry of Justice for publication online **as a condition for enforcement of that award** save in exceptional circumstances decided by the court. Any details identifying the non-public parties involved can be redacted. Such a decision (*i.e.*, a court deciding that an arbitral decision involving a public body should not be published) must be subject to automatic review *in camera* by a panel of three judges in the same court, and separately remain subject to appeal to higher courts;

Education of practitioners and clients

73. In parallel, arbitration institutions such as AFSA and parties involved in arbitrations should be encouraged to (i) educate the legal fraternity on the benefits of arbitration as opposed to litigation, as well as the complexities associated with the privacy and confidentiality of such proceedings; and (ii) more regularly publicize duly anonymised and/or pseudonymised arbitral awards and information regarding ongoing and concluded arbitrations.

74. To this end, AFSA should be encouraged to hold workshops and seminars on the benefits and international best practice of arbitrations. South African lawyers and their clients who participate in these workshops and seminars can be informed of the complexities that accompany the confidentiality of arbitral proceedings and the best practice to prevent disputes in that regard. Fundamentally, this should entail training on appropriate confidentiality clauses in arbitration agreements.

Insolvency and arbitration under Mauritius law: an unfriendly relationship in search of certainty

Anne-Sophie JULLIENNE
Barrister, Afralaw Chambers, Port-Louis, Mauritius

ABSTRACT

This article seeks to address the complex issues which arise out of objections made to the jurisdiction of the Bankruptcy Division of the Supreme Court of Mauritius (the “Bankruptcy Court”) in favour of arbitral jurisdiction. As these questions remain largely unaddressed by the Mauritius courts, a detour through the case law of the English, Singapore, Hong Kong and British Virgin Islands (“BVI”) courts sheds light on the differing approaches, which the Mauritius courts may be requested to follow when seized of the matter. This article deals with proceedings for the setting aside of statutory demands (“Setting Aside Proceedings”) and winding-up petitions based on a party’s inability to pay its debts as they fall due (“Winding-Up Proceedings”); it does not deal with winding-up petitions based on just and equitable grounds, which are different in nature and may lead to different outcomes.

A. Introduction

While parties are increasingly turning to arbitration to resolve their disputes, insolvencies around the world are equally on the rise, and the African continent is no exception. This has resulted in tension before national courts, where respondent debtors defend a pro-arbitration approach, asking the court to refer disputes alleged to be the subject of an arbitration agreement, to arbitration, whereas applicant creditors take a pro-insolvency approach, seeking the winding-up of the debtor company on the ground that it is unable to pay its debts as they fall due.

B. *Compétence-Compétence* under the New York convention

When parties agree to have a dispute resolved through arbitration, they waive any right, which they may otherwise have, to have that dispute resolved by the

courts. The New York Convention (the “Convention”) imposes upon contracting states an obligation to procure the recognition and enforcement of foreign arbitral awards, as if they were domestic judicial judgments. The scope of the Convention is not, however, limited to the enforcement of foreign awards. To ensure more efficient protection of party autonomy, it also extends to arbitration agreements, which are required to be enforced by contracting states, provided that the conditions contained in Article II of the Convention are fulfilled, including the arbitrability of the dispute submitted to arbitration.

In furthering the purpose of the Convention, modern international laws and case law have long upheld the principle of *Compétence-Compétence*, which recognises the jurisdiction of arbitrators to decide on their own jurisdiction. Article II.3 of the Convention goes even further, by providing for the negative effect of that principle, by requiring courts seized of a dispute that is subject of an arbitration agreement, to “refer the parties to arbitration, unless it finds that the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed”. What Article II.3 ultimately seeks to achieve is to balance two conflicting policy considerations, namely (i) the need to uphold the legitimacy and efficacy of the arbitration process, and (ii) that of upholding a party’s fundamental right to court access, when that party has not given up that right through an arbitration agreement. Now, what if the court seized of the matter is called upon to decide a matter under insolvency law? Are such disputes arbitrable? Is the national court still obliged to refer the parties to arbitration as per the requirements of Article II.3 and if so, what is the test applicable to such a decision?

C. National arbitration and insolvency provisions in the common law world

The negative effect of Article II.3 of the Convention is given effect in England and Wales through S.9 of the English Arbitration Act 1996 (the “English AA”), which provides:

“(1) A party to an arbitration agreement against whom legal proceedings are brought (whether by way of claim or counterclaim), in respect of a matter which under the agreement is to be referred to arbitration may apply to the court in which the proceedings have been brought to stay the proceedings as far as they concern that matter. [...] (4) On an application under this section the court shall grant a stay unless satisfied that the arbitration agreement is null and void, inoperative, or incapable of being performed.” (the “Nullity Decision”)

Mauritius, Singapore, Hong Kong and the BVI have enacted arbitration legislations (the “National Legislations”), which are, for the most part, inspired from, or mirror, the UNCITRAL Model Law 1985 (as amended in 2006) (the “Model Law”). The Model Law, like the National Legislations, are silent on the types of disputes which are, or are not, arbitrable and this question has been left to be decided and developed by national courts. Article 8 of the Model Law gives effect to Article II.3 of the Convention as follows:

“(1) A court before which an action is brought in a matter which is the subject of an arbitration agreement shall, if a party so requests not later than when submitting his first statement on the substance of the dispute, refer the parties to arbitration unless it finds that the agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.

(2) Where an action referred to in paragraph (1) of this article has been brought, arbitral proceedings may nevertheless be commenced or continued, and an award may be made, while the issue is pending before the court.”

The text of Article 8(1) of the Model Law was incorporated, without amendment, into Hong Kong law through S.20 of the Arbitration Ordinance 2011 (the “Hong Kong AO”) and into BVI law, though S.18(1) of the BVI Arbitration Act 2013 (the “BVI AA”). S.6 of the Singapore International Arbitration Act 1994 (the “Singapore IAA”) provides for the power given in Article 8 of the Model Law (and S.9 of the English AA) to the national court to refuse to refer the matter to arbitration, if it is satisfied that the arbitration agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed, and expressly provides for the stay remedy of S.9 of the English AA.

In Mauritius, Article 8 of the Model Law was enacted, with amendments, through S.5 of the Mauritius International Arbitration Act 2008 (the “Mauritius IAA”), notably to clarify that the test which the court must apply when making the Nullity Decision, is on a *prima facie* basis.

As regards insolvency law, S.101(1) of the Mauritius Insolvency Act 2009 (the “Mauritius Insolvency Act”) provides that *“a company may, whether or not it is being wound up voluntarily and on petition made in accordance with this section, be wound up under an order of the Court”*. S.102(5) provides a list of exhaustive grounds, which an applicant may rely on, when seeking a winding-up order, including if the company is unable to pay its debt, or if it is just or equitable to do so. S.178 of the Mauritius Insolvency Act provides that a company is presumed unable to pay its debts, if it has failed to comply with a statutory demand. Provisions similar to S.101(1), S.102(5) and S.178 of the Mauritius Insolvency Act exist under English, Singapore, Hong Kong and BVI law.

S.181(4) of the Mauritius Insolvency Act provides that the Bankruptcy Court may set aside a statutory demand, if there is a substantial dispute as to whether the debt is due, if the respondent has a counter claim or cross claim or on other grounds. Similar provisions exist under Singapore and BVI law, whereas England and Hong Kong do not provide for the right to apply to set aside a statutory demand against a corporate entity, forcing the debtor to apply for an injunction to restrain the creditor from applying to wind-up the company instead. Importantly, in Setting Aside Proceedings, if the court dismisses the application, S.181(6)(a)(ii) of the Mauritius Insolvency Act gives the power to the Bankruptcy Court to order the winding-up of a company as an alternative to ordering the payment of the debt. In Singapore and the BVI, the court does not have such power and can only grant leave to the creditor to apply to wind-up the company.

The question of arbitrability in Setting Aside Proceedings and in Winding-Up Proceedings may be raised in relation to the remedy of winding-up or setting aside itself, and separately in relation to the grounds relied on in support of the application to wind-up.

D. Is the remedy of winding-up arbitrable?

For obvious public policy reasons (which are dealt with in more detail below), the remedy of winding-up is not arbitrable; it is a remedy that is exclusively within the jurisdiction of national courts across the globe. Under Mauritius law, the “Court” with jurisdiction to make a winding-up order under the Mauritius Insolvency Act is the “*Bankruptcy Division of the Supreme Court*”. Similarly, the jurisdiction of the Bankruptcy Court to set aside a statutory demand can only be exclusive for the same reason. The use of the term “may” in S.101(1) and S.181(4) does not, in the author’s view, mean that there are other routes to wind-up a Mauritius company or set aside a statutory demand issued against a Mauritius company, but is simply an acknowledgement of the discretion of the Bankruptcy Court to not make a winding-up order or not set aside the statutory demand, even when one of the grounds relied on to seek the remedy is proved. While the non-arbitrability of the remedy of winding-up or setting aside of a statutory demand poses no great difficulty, the arbitrability of the grounds relied on to seek such remedies has been the subject of much debate and disagreement among the national courts of common law jurisdictions.

E. Which forum decides on the grounds for winding-up and to what standard?

When a court with jurisdiction to order the winding-up of a company is asked to refer the decision on the merits of the insolvency ground to international arbitration under S.5 of the Mauritius IAA, this raises the question of whether the court seized has jurisdiction, or potentially exclusive jurisdiction, to decide on the merits of that ground and hence, whether the insolvency ground relied on is arbitrable. The Mauritius courts have yet to consider these questions in the context of international arbitration and it remains to be seen, which of the English, Singapore, Hong Kong or BVI approach, the Mauritius courts are likely to follow when the point is taken before them.

(1) English Law: a pro-arbitration approach which bypasses arbitration law

In a non-insolvency context, the position of the English courts was summarised by the Court of Appeal in *Sadrudin Hashwani, Zaver Petroleum Corporation Limited, Ocean Pakistan Limited v OMV Maurice Energy Limited* [2015] EWCA Civ 1171, which considered positively the appeal judgment of *Al Naimi v. Islamic Press Agency* [2000] 1 Lloyd’s Rep. 522 and applied the judgment of the High Court in *Albon v. Naza Motor Trading* [2007] EWHC 2613. A court can only stay its proceedings under S.9 of the English AA, if it is satisfied that (i) there is an arbitration agreement, and (ii) the subject matter of the proceedings falls within it. If these two conditions are met, then the court must refer the matter to

arbitration. If the court cannot be sure of either of these two matters, but good sense and litigation management makes it desirable for an arbitrator to consider the whole matter first, the court may stay its proceedings pursuant to its inherent powers. Applying **Albon**, the Court of Appeal in **Hashwani** held that it would, however, be only in exceptional cases that a court faced with proceedings, which require it to determine the jurisdiction of an arbitral tribunal, will be justified in exercising its inherent power to stay those proceedings to enable the arbitral tribunal itself to decide the question.

The position of the English courts in the context of Winding-Up Proceedings is however different. Where it is alleged that a company ought to be wound up because it is unable to pay its debt as they fall due under S.123(1)(e) of the Insolvency Act 1986 (the “English Insolvency Act”), the Court of Appeal in *Salford Estates (No. 2) Limited v Altomart Limited* [2014] EWCA 575 Civ., held that that such action fell outside the ambit of S.9(1) of the English AA. The reasons invoked were that a winding-up petition based on the ground that the respondent was unable to pay its debt as they fall due was not a “claim” for the purpose of S.9, “as a winding up order might or might not result in the right to payment of an amount equal to the debt specified in the Petition in the present case. It would depend upon the value of the assets available for distribution in the liquidation to [the company’s] body of creditors and the respective priority ranking of the creditors, including Salford Estates, under the statutory framework”. However, in **Salford**, the Court of Appeal held that it could use its discretion pursuant to its inherent jurisdiction under S.122(1) of the English Insolvency Act (circumstances under which a court may wind-up a company, similar to S.102 of the Mauritius Insolvency Act) to dismiss the petition (or stay it, if there is potentially a substitute would-be petitioner willing to take carriage), unless there were wholly exceptional circumstances, which justified the investigation of whether the debt was disputed in good faith on substantial grounds.

The Court of Appeal’s approach in **Salford** has been criticized for its apparent inherent inconsistency in rejecting the application of the English AA, while justifying the exercise of its discretion under S.122(1) of the English Insolvency Act, through the necessity to give effect to the legislative intent behind the English AA of preventing courts from deciding arbitration disputes on a summary basis. **Salford** reflects, however, the current state of case law in England and Wales. It has been applied subsequently, notably in *Eco Measure Market Exchange Ltd v Quantum Climate Services Ltd* [2015] EWHC 1797 (Ch), where the High Court clarified that the **Salford** principle applied, even when the debt was “undisputably due”. In *Fieldfisher LLP v Pennyfeathers Ltd* [2016] EWHC 566 (Ch), the High Court held that, even previous admissions of the disputed debt, did not constitute “wholly exceptional circumstances”.

While the route taken by an English court to refer a claim to arbitration in a non-winding-up context under S.9 of the English AA differs from that taken by an English court exercising its inherent jurisdiction to stay proceedings in Winding-Up Proceedings, both mechanisms are ultimately similarly very pro-arbitration.

(2) Singapore law: pro-arbitration, prima facie test of ordinary claims extends to winding-up petition

S.6 of the Singapore IAA is worded differently to Article 8 of the Model Law but is in substance similar, save that it expressly provides for the stay of court proceedings:

“(1) Notwithstanding Article 8 of the Model Law, where any party to an arbitration agreement to which this Act applies institutes any proceedings in any court against any other party to the agreement in respect of any matter which is the subject of the agreement, any party to the agreement may, at any time after appearance and before delivering any pleading or taking any other step in the proceedings, apply to that court to stay the proceedings so far as the proceedings relate to that matter.

(3) The court to which an application has been made in accordance with subsection (1) shall make an order, upon such terms or conditions as it may think fit, staying the proceedings so far as the proceedings relate to the matter, unless it is satisfied that the arbitration agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.”

The powers and duties of an insolvency court under Singapore law when in presence of an objection to jurisdiction on the ground of a disputed debt was summed up in a recent judgment of the Singapore High Court in *Founder Group (Hong Kong) Ltd (in liquidation) v Singapore JHC Co Pte Ltd* [2023] SGHC 159. For an applicant to be successful in ordinary Winding-Up Proceedings (i.e., when the underlying contract does not contain an arbitration clause), it needs to prove first that it is a creditor within the meaning of S.124(1)(c) of the Insolvency, Restructuring and Dissolution Act 2018 (the “IRD Act”) and then, that the respondent is unable to pay its debts as they fall due or that it is just and equitable to wind-up the company within the meaning of S.125. Referring to the dictum of Lord Hoffman in the Privy Council case of *Parmalat Capital Finance Ltd v Food Holdings Ltd (in liquidation)* [2008] UKPC 23), the Singapore High Court noted that if an applicant’s debt is bona fide disputed on substantial grounds, the normal practice is for the court to dismiss the application and leave the creditor first to establish its claim in an action (to prevent an abuse of the winding-up procedure), but the court retains a discretion to make a winding-up order, even though there is a dispute. Referring to the dictum of Lord Brightman in the Privy Council case of *Brinds Limited & Ors. v Offshore Oil N.L. & Ors.* (1986) 2 B.C.C. 98916, the Singapore High Court added that it is well within the discretion of an insolvency court hearing a winding-up application to determine for itself, not just the threshold question of whether a respondent disputes an applicant’s debt *bona fide* and on substantial grounds, but also the substantive legal question of whether the applicant is a creditor of the respondent. When an insolvency court exercises its discretion to determine for itself this substantive legal question, what it is determining is the substantive legal question of insolvency law as to whether the applicant is a creditor of the respondent within the meaning of S.124(1)(c) of IRD Act and it is thereby entitled to invoke the court’s insolvency jurisdiction over the respondent. The insolvency court is not determining the substantive legal question of whether the respondent actually owes a debt to the applicant or the quantum

of any such debt. Only a judgment by a civil court or a final award by an arbitral tribunal can have that effect (also referring to *Bateman Television Ltd v Coleridge Finance Co. Ltd.* [1971] NZLR 929 (cited in Parmalat)).

The Singapore High Court in *Founder Group* noted that the principles applicable to Winding-Up Proceedings when in presence of an arbitration agreement were those laid down in the appeal case of *AnAn Group (Singapore) Pte Ltd v VTB Bank (Public Joint Stock Company)* [2020] SGCA 33. The test was not that applicable to ordinary Winding-Up Proceedings (whether there was a triable issue or whether the respondent disputes the debt or asserts a cross claim *bona fide* and on substantial grounds), but a lower *prima facie* standard of review, similar to the *Salford* test: Winding-Up Proceedings will be stayed or dismissed if (a) there is a valid arbitration agreement between the parties, and (b) the dispute falls within the scope of the arbitration agreement, unless there are exceptional circumstances or an abuse of process, or if the debt is not genuinely disputed. The **AnAn** approach is more favourable to a respondent than the general approach in four ways. First, under the **AnAn** approach, the insolvency court looks only at the validity and scope of the arbitration agreement and not at the merits of the dispute in relation to the debt or the cross-claim that the respondent raises. Second, even then, the insolvency court does not attempt to reach any conclusion on the validity and scope of the arbitration agreement. The insolvency court needs only be satisfied *prima facie* that the arbitration agreement is valid and that it encompasses the dispute. Third, the insolvency court considers the question of whether the respondent is abusing the process of the court without considering the merits of the dispute in relation to the debt or the cross-claim which the respondent raises. Finally, the rule of practice applicable to ordinary Winding-Up Proceedings is curtailed in that the insolvency court's overriding procedural discretion will never be exercised in favour of allowing the insolvency court to decide for itself the substantive legal question of "debt or no debt".

In addressing the question of whether insolvency and arbitration were in conflict, the Singapore Court of Appeal in *AnAn* held that the court ought to treat disputes arising from the operation of the statutory provision of the insolvency regime *per se* as non-arbitrable, even if the parties expressly included them within the scope of their arbitration agreement whereas if the dispute involving the insolvent company stems from its pre-insolvency rights and obligations, there will usually be no good reason not to observe the terms of the arbitration agreement (they do not involve public policy considerations, such as the protection of creditors). The Singapore Court of Appeal rejected the argument that, adopting the *prima facie* test dealt a blow to the insolvency regime, as this later position assumes that the company is in fact a debtor, when that question is precisely what the parties have agreed to refer to arbitration. A statutory demand that is unsatisfied merely leads to the presumption that the debtor is insolvent; it does not determine that the debtor is in fact insolvent. Hence, the policy considerations of the insolvency regime were said not to be engaged in this case. Given that the *prima facie* standard applies for ordinary claims, which are subject to arbitration, *a fortiori*, it should apply to a winding-up application, which carries far more severe consequences for a company. The Singapore Court of Appeal further clarified that

the triable issue standard requires the court to critically consider the merits of the company's defence. By winding-up the company on the basis that its defences are unmeritorious, the court in effect takes the place of the arbitral tribunal against the parties' agreement, thereby eroding any of the advantages which they had sought to obtain in electing arbitration. More crucially, by displacing the decision-making capacity of the arbitral tribunal in respect of the dispute, the court is in effect presuming that it has arrived at the same result as the tribunal would have, when this may not necessarily be the case. The *AnAn* approach aligns the approach that an insolvency court is required to take when in presence of an arbitration agreement with the approach that a civil court is required to take in litigation which involves a dispute that is subject to an arbitration agreement. It also advances party autonomy, saves costs and achieves certainty in the law.

(3) Hong Kong law: pro-insolvency stance requiring a genuine dispute on substantial grounds

S.20 of the Hong Kong AO adopts Article 8(1) of the Model Law. In *Lasmos Ltd v Southwest Pacific Bauxite (HK) Ltd* [2018] 2 HKLRD 499, the Hong Kong court at first instance held that, save in exceptional or wholly exceptional circumstances, a winding-up petition would generally be dismissed where, (i) the debtor disputes the debt, (ii) the arbitration agreement covers any dispute relating to the debt, and (iii) the debtor has taken steps to commence the dispute resolution process in accordance with the arbitration agreement (the "*Lasmos Approach*"). Under the *Lasmos Approach*, the debtor is able to stay insolvency proceedings in Hong Kong, simply by not admitting the underlying debt, and force the creditor to arbitrate, even though there may not be any real dispute on the debt.

In *But Ka Chon v Interactive Brokers LLC* [2019] HKCA 873, the Hong Kong Court of Appeal criticised *obiter* the *Lasmos Approach* holding that it had "*reservations if the discretion under the insolvency legislation should be exercised only one way to substantially curtail the right of a creditor to present a petition*". This decision paved the way for the subsequent High Court decision in *Dayang (HK) Marine Shipping Co Ltd v Asia Master Logistics Ltd* [2020] HKCFI 311, which rejected the *Salford-Lasmos Approach*. In this case, the High Court held that, where a debtor intends to dispute the existence of a debt, it must show that there is a *bona fide* dispute on substantial grounds; a mere denial is not sufficient. Determining whether the debtor has a *bona fide* dispute on substantial grounds does not undercut the parties' freedom to contract and the policy of arbitration law, because petitioning for a winding-up petition does not have the effect of determining the dispute, it does not come within the scope of the parties' obligations to arbitrate. Rather, the court simply determines whether there is a genuine dispute to ensure that spurious or frivolous defences are not allowed to defeat a statutory demand. It was thus not necessary to give more weight to the fact that the dispute over the debt was subject to an arbitration agreement, because the commencement of Winding-Up Proceedings did not come within its scope. A winding-up petition can put considerable pressure on the debtor to being strong-armed into settlement or to pay in lieu of arbitrating. However, where a creditor abuses the process, where

the debt is disputed *bona fide* on substantial grounds, this risk can be mitigated by the court's powers to punish such an abuse.

Cases post **Dayang** suggest a continued pro-insolvency stance of the Hong Kong courts, where the existence of an arbitration agreement, without a genuine or *bona fide* dispute on substantial grounds in respect of the debt, may not by itself guarantee a stay or dismissal of a winding-up petition (e.g. *DCKD and Another v JPWL* [2022] HKCFI 1059 and *Re Pan Sutong & Re Proman International Ltd* [2022] HKCFI 1450).

(4) BVI law: pro-insolvency?

S.18(1) of the BVI AA adopts Article 8(1) of the Amended Law, whereas S.159 and S.162 of the BVI Insolvency Act 2003 (the "BVI Insolvency Act") give powers to the BVI court to appoint a liquidator, if a company is insolvent or if it is just and equitable to do so. Recent BVI case law shows a move towards a pro-insolvency approach, while not completely discarding the **Salford** approach and attempting to uphold the parties' agreement to arbitrate.

In *C-Mobile Services Limited v Huawei Technologies Co. Limited* [BVIHCMAP 2014/0017], and *Jinpeng Group Limited v Peak Hotels and Resorts Limited* [BVIHCMAP2014/0025 & BVIHCMAP2015/0003], the Eastern Caribbean Court of Appeal agreed with **Salford** that a creditor winding-up petition was not caught by the scope of S.18(1) of the BVI AA, as it held that "*in winding up proceedings one is considering always a class remedy and not a private [one] between the petitioner and the company*". There was, therefore, no automatic stay of proceedings if in presence of an arbitration agreement. The Eastern Caribbean Court of Appeal also agreed with **Salford** in holding that it had a wide discretion under S.162 of the BVI Insolvency Act, to stay or dismiss a winding-up application and to force the parties to resolve their dispute by way of arbitration. However, it disagreed with **Salford** in holding that exceptional circumstances were not required for the court to agree to exercise its discretion to make a winding-up order. The court is allowed to conduct a proper examination of the evidence to determine if the threshold of showing that a debt is disputed on genuine and substantial grounds has been reached, which is different from deciding the merits of the matter. The statutory jurisdiction of the court under S.162(1)(b) of the BVI Insolvency Act is satisfied once the creditor applies to appoint a liquidator on the basis of a debt that is not disputed on genuine and substantial grounds. This principle was said to be too firmly a part of BVI law to now require exceptional circumstances to establish a creditor's status to apply to appoint a liquidator.

The Eastern Caribbean Court of Appeal in *Sian Participation Corp. (in liquidation) v Halimeda International Limited* [BVIHCMAP2021/0017] followed **C-Mobile** and **Jinpeng**, holding that there was no mandatory stay of winding-up proceedings in favour of arbitration, but clarified when it would be appropriate for a court to exercise its discretion to refer the matter to arbitration. It noted the requirement under S.18(1) of the BVI AA for an applicant wishing to have a dispute referred to arbitration, to make its request at latest in its first statement to the court on the substance of the dispute and the requirement under rule 164 of the BVI Insolvency Rules for a company wishing to oppose an application to wind it up, to

file and serve a notice setting out the grounds on which it opposes that application, not later than 7 days before the date fixed for the hearing of the application supported by evidence in support. The Eastern Caribbean Court of Appeal held that, interpreted together, these two provisions meant that the respondent's first statement on the substance of the dispute was its notice of opposition under rule 164. If this statement was filed, the court then had a discretion in Winding-Up Proceedings, to be exercised under the over-arching umbrella of fairness and just disposition, to stay the proceedings, taking into account important components of which include consideration of all relevant factors, such as the existence of an arbitration agreement and the timing of the request.

(5) Mauritius law

In Mauritius, a statutory demand may be set aside by the Bankruptcy Court, if the applicant alleged debtor is able to prove that there is a genuine and substantial dispute as to whether the debt is due. If an alleged debtor does not apply to set aside the statutory demand by the statutory deadline, it will be presumed to be unable to pay its debts in subsequent Winding-Up Proceedings initiated by the alleged creditor. If the alleged debtor applies to set aside the statutory demand and the Bankruptcy Court dismisses the application, it may then either order the debtor to pay the debt or order the company to be wound up there and then. This power of the Bankruptcy Court to order the winding-up of a company upon an application to set aside a statutory demand is a peculiarity of Mauritius law and an important one, as it merges the Winding-Up Proceedings with what is commonly exclusively a preliminary step to winding-up. Although rarely exercised, this power remains a real threat of liquidation for debtors.

In Mauritius, international arbitrations are governed by the Mauritius IAA whereas domestic arbitrations are governed by the Civil Procedure Code. S.5 of the Mauritius IAA adopts Article 8 of the Model Law, with amendments:

“(1) Where an action is brought before any Court, and a party contends that the action is the subject of an arbitration agreement, that Court shall automatically transfer the action to the Supreme Court, provided that that party so requests not later than when submitting his first statement on the substance of the dispute.

(2) The Supreme Court shall, on a transfer under subsection (1) refer the parties to arbitration unless a party shows, on a prima facie basis, that there is a very strong probability that the arbitration agreement may be null and void, inoperative or incapable of being performed, in which case it shall itself proceed finally to determine whether the arbitration agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.

(3) Where the Supreme Court finds that the agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed, it shall transfer the matter back to the Court which made the transfer.”

The first originality of S.5, is that it reserves the power to decide on whether a referral to arbitration is warranted to a specialist bench of three judges constituted under S.42 of the Mauritius IAA (the “Specially Constituted Court”), which is not the court initially seized of the action. The court initially seized of the action

must therefore always refer the question of whether the matter must be referred to arbitration, to the Specially Constituted Court first. This process seeks to give comfort to parties, particularly foreign parties, that the bench deciding on the referral has the required specialist knowledge to decide on questions of validity of arbitration agreements and arbitrability. Once the Specially Constituted Court is seized of the request to refer the matter to arbitration, it is only if the applicant is able to meet the very high threshold on a *prima facie* basis, that it will itself proceed to consider fully the question of the nullity of the arbitration agreement to make the Nullity Decision. The *travaux préparatoires* explain that this mechanism is meant to ensure that the parties will be referred to international arbitration, save in the most exceptional circumstances. In its initial assessment of whether there exists a ‘very strong probability’ that the arbitration agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed, the Supreme Court should not engage in a full trial (or even a mini-trial) of the relevant issues, but should assess them on a *prima facie* basis. The burden of proving that the parties did not validly agree to arbitration lies on the party seeking to impugn the arbitration agreement. Where doubt remains after a *prima facie* assessment, that doubt must be resolved in favour of referral to international arbitration without a full trial (or mini-trial) of the unresolved issues. It will then fall to the arbitrators to resolve these issues pursuant to S.20 of the Mauritius IAA (which enacts the principle of *Compétence-Compétence* contained in Article 16 of the Model Law), subject to the parties’ right to return to court, if they so choose, after the arbitral tribunal’s determination pursuant to S.20(7) of the Mauritius IAA (tribunal may review decision of arbitral tribunal on a preliminary matter) or S.39 (setting aside).

The *travaux préparatoires* clarify that the deviation from Article 8 of the Model Law was adopted in order to ensure that the courts of Mauritius “do not follow English precedent [under S.9(4) of the English AA, citing for instance, **Al Naimi** and **Albon**], according to which a court, because it must decide whether the clause is ‘void, inoperative or incapable of being performed’ before referring the parties to arbitration, settles the question of jurisdiction itself once and for all, thereby denying any real effect to the principle of *Compétence-Compétence*”. It is noteworthy, however, that the English precedents cited in the *travaux préparatoires*, namely **Al Naimi** and **Albon**, were ordinary actions, not Setting Aside Proceedings or Winding-Up Proceedings and that the *travaux préparatoires* date back to 2014, prior to **Salford**. It is not clear therefore, whether this statement was intended to exclude or include such proceedings from the scope of S.5.

A request for referral of an action from the Bankruptcy Court to the Specially Constituted Court under S.5 was dealt with by the Mauritius courts in *Trikona Advisers Limited v Sachsenfonds Asset Management GmbH* 2011 SCJ 440A. In this case, the Specially Constituted Court dismissed the S.5 application on the ground that the Mauritius IAA did not apply to the case at hand (the arbitration the subject of the application had been filed prior to the coming into force of the Mauritius IAA). The Specially Constituted Court nonetheless noted in its judgment the parties’ respective pro-arbitration and pro-insolvency arguments, without taking a clear position either way. The concluding remark of the Specially Constituted Court is, however, indicative of a pro-arbitration approach similar to that taken by the Singapore court in the case of **AnAn**:

"The philosophy of the Mauritian international arbitration regime is quite clear. It effects a necessary paradigm change. The Court system and the arbitration system are not competing but collaborative jurisdictions. The objective is to ensure that any international dispute is given a quick and economical dispatch by the system of placing party autonomy in the agreement as the priority subject to the fundamental parameters of the law. Litigation and arbitration, therefore, do not fight for turf but play on the part reserved for each. It is with this end in view that a special court is established under section 42 comprising 3 Judges of the Supreme Court and its scope and jurisdiction is delimited and circumscribed in section 5 of the Act."

Whether the Bankruptcy Court would be willing to follow the approach suggested by **Trikona** in the context of international arbitration and S.5 today is, in the author's view, doubtful. Some cases deal with the interaction between arbitration and insolvency in the context of domestic arbitration. The provision of the Civil Procedure Code which gives effect to the *Compétence-Compétence* principle is materially different from S. 5 in that the national court makes the Nullity Decision on a full trial basis, not on a *prima facie* basis, and there is no referral to the Specially Constituted Court. Nonetheless, the pro-insolvency stance taken by the Mauritius courts in the few cases on the point, cannot be ignored. Indeed, the trend is for the Bankruptcy Court to find that its jurisdiction to decide on whether a substantial dispute as to whether the debt is due is unaffected by the existence of an arbitration agreement (e.g. *Mordraunt Estates Ltd v Gibb (Mauritius) Ltd* [2018 SC] 373], *Cauris Capital Partners UU v Adiwale Partners* 2019 SC] 110). However, the court in *Luc et Luc Ltd v Societe Lazuli & Anor* [2019 SC] 159] acknowledged *obiter* the power of the court to stay arbitration pending the resolution of arbitration. In this case, the Bankruptcy Court was requested by the debtor in Winding-Up Proceedings to exercise its discretion to stay the proceedings pending the resolution of the dispute by domestic arbitration, relying on **Lamos**. The Bankruptcy Court refused to stay the proceedings because the respondent had failed to "*put before it the nature of the disputes*". The case did not however explain in what circumstances it would be appropriate to stay the court proceedings. When analysed together, the approach taken by the Mauritius courts in the context of domestic arbitration is in fact similar to that taken by the Hong Kong courts in **Dayang** and subsequent cases.

In the author's view, imposing a S.5 referral on the Bankruptcy Court in the context of an international arbitration poses a number of issues, which are likely to steer the Mauritius courts away from the Singaporean **AnAn** approach, preferring to follow the Hong Kong **Dayang** approach or the BVI approach instead. Indeed, if S.5 were to apply to Setting Aside Proceedings, a party served with a statutory demand who takes the view that the matter must be arbitrated, would need to take the inconsistent step of applying to the Bankruptcy Court to set it aside, while asserting in its application that the Bankruptcy Court must refer the matter to the Specially Constituted Court because the Bankruptcy Court does not have jurisdiction to hear the matter, because it is the subject of an arbitration agreement. This scenario does not fit very well with the finality, efficiency and limited court intervention that parties sign up for when they chose arbitration over court litigation. Also, in the case where the Specially Constituted Court refuses

to refer the matter to arbitration, it would need to remit the matter back to the Bankruptcy Court for decision. The Bankruptcy Court would then have to decide whether there is a substantial dispute as to whether the debt is due. If it finds that there is, then the alleged creditor would have to initiate an ordinary claim before another court, resulting in an overly burdensome and costly dispute resolution process for both the parties and the courts. It is noteworthy, however, that these issues would not arise in Winding-Up Proceedings, because the party seeking to refer the matter to arbitration would in that case be the alleged debtor respondent. Nonetheless, it would make no sense to have S.5 applying to Winding-Up Proceedings, but not to Setting Aside Proceedings, because the question as to whether there is a substantial dispute as to whether the debt is due can arise in both proceedings, and because the winding-up remedy is in Mauritius, within the powers of the Bankruptcy Court in Setting Aside Proceedings. Carving out Setting Aside Proceedings and Winding-Up Proceedings from the scope of S.5 would not, however, deal a blow to the intention of the Mauritius legislator to uphold the parties' agreement to arbitrate, as the Bankruptcy Court has the discretionary powers it needs as part of its inherent jurisdiction under the Mauritius Insolvency Act, to stay its proceedings pending the resolution of the dispute through arbitration, where appropriate.

F. Conclusion

The above comparative law analysis shows that, when deciding on objections to the jurisdiction of the court in favour of arbitration, courts across the common law world outside of Africa, have adopted materially different approaches, including when interpreting legal provisions which are similar in substance. It is expected that common law jurisdictions in Africa, which have similar legal provisions to the ones considered above, will readily seek guidance from the case law dealt with in this article as they seek to develop their own law on the subject. Kenya for instance, has in S.6 of its Arbitration Act 1995, a provision similar to S.6 of the Singapore IAA. South Africa has recently adopted its International Arbitration Act 2017, which adopts Article 8 of the Model Law. Tanzania has recently enacted its Arbitration Act 2020, with S.12 and S.13 being inspired from Article 8 of the Model Law and the English AA respectively. The Tanzanian courts have recently rendered a number of judgments, in which they considered, among other foreign case law, the cases of *Salford*, *AnAn* and *Dayang*, and from which stem a pro-arbitration stance, subject to the application of the genuine and substantive dispute test. Other African common law jurisdictions do not appear to have had a similar in-depth debate on the approaches taken by the English, Singapore, Hong-Kong and BVI courts. It is however likely to be just a matter of time until this comparative law debate reaches their shores.

L'arbitrage des différends relatifs aux activités minières dans l'espace OHADA

Mouhamed KEBE

ABSTRACT

Mining activities generate conflicts due to the diversity of interests and relevant impact for their performance. This is the case in the OHADA area where most of the member States have a strong potential of mining resources and where it exists more and more claims among which those related to governance, sharing of mining revenues and protection of human rights. Accordingly, it exists diverse disputes between the State, the mining companies and the local populations impacted by the mining activities.

Over the last years international arbitration was challenged due to awards perceived as generally deciding against States and to the non-inclusive process of constitution of the arbitral tribunals. The situation gave rise to the progressive development of regional arbitration of mining disputes characterised by a modern arbitration law and a legal preference by the States to regional forum of resolution of disputes. In this context, there is the issue of human rights of local populations which deserve more and more attention from arbitral tribunals.

RÉSUMÉ

Les activités minières sont généralement identifiées comme des activités conflictogènes en raison notamment de la diversité des intérêts et impacts associés à leur mise en œuvre. Ce constat est vérifié dans l'espace OHADA où la plupart des pays membres disposent d'un fort potentiel de ressources minières et dans lesquels il existe de plus en plus diverses réclamations liées notamment à la gouvernance et au partage des revenus miniers ainsi qu'à la protection de droits humains. Il en résulte un contentieux pluriel entre l'État et les entreprises minières, les entreprises minières entre elles ou encore des différends entre les entreprises minières et les populations locales impactées par les activités minières. Le recours à l'arbitrage international a néanmoins fait l'objet d'une remise en cause ces dernières années en raison notamment de sentences qui en sont issues considérées généralement comme défavorables aux États et du processus non inclusif de constitution des tribunaux arbitraux. Cette situation a favorisé une ouverture progressive de l'arbitrage régional au règlement de différends miniers caractérisé par un droit de l'arbitrage moderne et une préférence légale accordée par les États aux forums régionaux de règlement de

différends. Dans cette dernière perspective, la question des droits humains des populations locales mérite de plus en plus d'attention de la part des tribunaux arbitraux.

La plupart des pays de l'espace OHADA disposent d'un grand potentiel des ressources minérales dont une bonne partie fait l'objet de recherche ou d'exploitation par des entreprises minières. La mise en œuvre des activités minières fait intervenir outre l'État et les entreprises minières, publiques ou privées, les populations et les entreprises locales de support auxdites activités. Il en résulte un nœud d'intérêts complexes source de risques pluriels qui débouchent généralement sur divers conflits entre les parties prenantes aux projets miniers.

Les risques liés aux activités minières peuvent être d'ordre géologique, économique, politique ou encore juridique. L'anticipation approximative de ces risques, leur survenance en dépit des mesures d'anticipation ou encore une gestion délicate de ces risques lorsqu'ils surviennent peuvent déboucher sur des conflits. Ceux-ci peuvent concerner les entreprises minières entre elles notamment lorsqu'elles s'associent dans la mise en œuvre des activités minières, l'État et les entreprises minières ou encore ces entreprises et les populations locales environnantes des sites miniers.

Il existe plusieurs modes de règlement de conflits des différends miniers. Ceux-ci s'intègrent dans la notion générique de contentieux extractif qui couvre aussi bien le secteur minier que celui des hydrocarbures. De ce point de vue, le contentieux des activités minières peut être civil, pénal, administratif, commercial, national ou encore international¹. Il est néanmoins constant que la justice étatique institutionnelle intervient aux côtés des modes alternatifs de règlement de conflits. Ces derniers incluent les modes de règlement amiables tels que la conciliation, la médiation, l'expertise ou les « disputes boards » d'une part et d'autre part l'arbitrage².

L'arbitrage est assurément le moyen le plus utilisé du fait des avantages comparatifs qu'il offre par rapport à l'instrument judiciaire et par rapport aux autres modes de règlement amiable. Il est réputé neutre, contraignant en ce qu'il met fin au différend et s'impose aux parties, rapide, et mobilisant l'expertise nécessaire au règlement de différends en jeu.

En matière minière, l'arbitrage est dit commercial lorsqu'il oppose deux entreprises minières à l'occasion d'un contrat d'association ou d'une cession des titres miniers litigieux. L'arbitrage d'investissement concerne en matière extractive les différends miniers entre l'État ou ses entités, et les entreprises minières privées étrangères. Il en est ainsi lorsque l'État prend des mesures relevant de ses

1. Gilles L'HUILIER, « Le contentieux extractif. Essai de définition » in A. NGWANZA et G. LHUILIER (dir.), *Le contentieux extractif*, LexisNexis/CCI, 2015, p. 1.

2. Voir notamment Marie-Andrée NGWE, Marion DELIGNY MALCHAIR, « La propension des États africains à résoudre leurs litiges d'investissement à l'amiable », *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Volume 34, Issue 2, Spring 2019, p. 388-410, <https://doi.org/10.1093/icsidreview/siz009> ; Florent LAGER, « Les disputes board dans le secteur extractif », in A. NGWANZA et G. LHUILIER (dir.), *Le contentieux extractif*, LexisNexis/CCI, 2015, p. 213-226 ; Achille NGWANZA, « L'arbitrage en matière extractive », in A. NGWANZA et G. LHUILIER (dir.), *Le contentieux extractif*, LexisNexis/CCI, 2015, p. 222-242.

prérogatives de puissance publique préjudiciables aux intérêts de l'investisseur minier ou d'une exécution tardive ou défectueuse des activités minières.

L'arbitrage d'investissement est fréquent dans l'espace OHADA en raison notamment des révisions législatives récurrentes dans le secteur extractif contestées par suite par les entreprises minières. L'arbitrage commercial est certes présent même entre entreprises privées minières. Il est rare néanmoins entre entreprises publiques et entreprises privées en raison soit de la création récente des entreprises publiques dans le secteur minier soit du manque de dynamisme des entreprises publiques existantes. Cet état de fait est inversement constaté dans le secteur pétrolier où les entreprises publiques pétrolières sont systématiquement parties notamment aux contrats de partage de production. Aussi, l'arbitrage pratiqué par les États miniers africains est dit international lorsqu'il oppose les entreprises minières souvent multinationales implantées en Afrique et mis en œuvre par les institutions internationales telles que le Centre International de Règlement de Différends relatifs aux Investissements (« CIRDI ») et la Chambre de Commerce Internationale (« CCI ») au détriment des centres d'arbitrage africains au niveau régional ou niveau local. La distinction arbitrage international-arbitrage local est de ce point de vue réelle en matière extractive même si celle-ci est dissoute dans le système juridique local en raison de l'applicabilité directe et immédiate de l'Acte Uniforme OHADA relatif au droit de l'arbitrage dans les pays de l'espace communautaire.

L'analyse de l'arbitrage de différends miniers dans l'espace OHADA permet d'observer qu'il existe un recours classique aux institutions internationales comme le CIRDI ou la CCI sur la base des clauses d'arbitrage contenues dans les conventions minières et des offres d'arbitrage contenues dans les lois nationales et les traités internationaux relatifs aux investissements. Ce recours classique est toutefois de plus en plus concurrencé par l'émergence d'un cadre juridique et des institutions d'arbitrage régionaux ou nationaux à même de connaître le contentieux des investissements miniers. Dans cet élan de partage de concurrence ou de partage de compétence entre les institutions internationales et les institutions régionales ou locales du contentieux minier, une constante demeure. Il s'agit de la prise en compte insuffisante des exigences relatives aux droits humains. Si ces dernières sont prévues par le droit national des pays de l'espace OHADA, elles sont rarement prises en compte de façon expresse par les lois nationales et les traités internationaux d'investissements conclus ou adoptés par ces États. Cette insuffisance se prolonge également au plan contentieux où il y a peu de recours en faveur de droits humains et des populations locales impactées par les activités minières. Il importe dès lors de renforcer l'exigence de protection des droits humains dans le cadre du contentieux arbitral relatif aux activités minières qui ne doit pas simplement s'analyser comme l'arbitrage de l'investissement privé minier mais plutôt l'arbitrage d'une activité économique complexe et globale mettant en jeu des intérêts systémiques tels que les droits humains.

Il convient ainsi d'analyser successivement le recours classique à l'arbitrage international pour le règlement de différends relatifs aux investissements miniers dans l'espace OHADA (I), l'émergence des instruments favorables à l'arbitrage local des investissements miniers dans l'espace OHADA (II) et la nécessité de renforcement de la prise en compte de droits humains dans le contentieux arbitral relatif aux activités minières (III).

I. – Le recours classique à l'arbitrage international pour le règlement de différends relatifs aux investissements miniers dans l'espace OHADA

Le recours à l'arbitrage pour le règlement de différends relatifs aux investissements miniers dans l'espace OHADA est fondé traditionnellement sur le recours à l'arbitrage international sous l'égide notamment du CIRDI et de la CCI. Ce recours est toutefois de plus en plus contesté ces dernières années.

Il convient d'analyser successivement les fondements du recours à l'arbitrage international (A) et les contestations relatives au recours à l'arbitrage international (B).

A. Les fondements du recours à l'arbitrage international

Traditionnellement, les différends relatifs aux investissements miniers sont résolus grâce au recours à l'arbitrage international. Celui-ci s'effectue sur une base contractuelle, légale ou encore conventionnelle³.

Du point de vue contractuel, la plupart des conventions minières conclues par les pays de l'espace OHADA font référence à l'arbitrage international⁴. Ces conventions minières sont conclues en effet sur la base d'un modèle de convention minière établi par l'État minier. Ainsi, le modèle étatique de convention minière du Sénégal prévoit que « tout différend ou litige découlant de la présente Convention est d'abord réglé à l'amiable, dans un délai de trois (3) mois, à compter de la date de notification écrite du litige. Le cas échéant, les Parties conviennent d'ores et déjà que le différend est à trancher définitivement suivant le règlement de Conciliation et d'Arbitrage de la chambre de Commerce International de Paris (CCI) ».

S'agissant du fondement légal, le recours à l'arbitrage international est retenu par les codes des investissements de plusieurs pays de l'espace OHADA⁵. Il en est ainsi de la Charte des investissements du Tchad qui prévoit que le règlement des différends résultant de l'interprétation ou de l'application de la présente Charte aux entreprises agréées ou conventionnées peut, indépendamment des voies de recours devant les juridictions nationales, faire l'objet d'une procédure de conciliation et d'arbitrage⁶. La procédure d'arbitrage, précise le code, suit deux voies à savoir la constitution d'un collège arbitral pouvant s'interpréter comme un arbitrage ad hoc et le recours devant les organisations internationales compétentes⁷. Il convient de noter qu'en visant les institutions internationales d'arbitrage compétentes, le législateur tchadien laisse le choix aux investisseurs et aux États d'opter plusieurs institutions compétentes

3. Parmi les affaires récentes conclues sous l'égide de la CCI et du CIRDI : *Société d'Exploitation des Mines d'Or de Sadiola S.A. v. Mali*, ICSID Case No. ARB/01/5, Award of 25 February 2003 ; *Senegal v. Arcelor Mittal*, Partial Award of 3 september 2013 ; CIRDI ARB/97/1, *Société d'Investigation de Recherche et d'Exploitation Minière SIREXM c. Burkina Faso*, Sentence du Tribunal du 19 janvier 2000.

4. Article 29.3 du Décret Numéro 2017-0035/PRES/PM/MEMS/MINIFID/MSIA/MATDSI/MJFIP/MFPTPS/MEEC/CVV portant adoption du modèle type de convention minière du 26 janvier 2017.

5. Article 29 du Code des investissements du Mali de 2012 et article 30 de la Charte des investissements du Tchad de 2008.

6. Article 30 de la Charte des investissements du Tchad.

7. *Ibidem*.

en la matière y compris le CIRDI, la CCI ou encore la LCIA. En outre, cette charte prévoit, à l'instar de plusieurs codes d'investissement des pays de l'espace OHADA⁸, que les activités d'exploitation des substances minérales, de leur transformation et activités connexes sont constitutives d'investissement⁹. Les investissements miniers répondent en effet à la définition de l'investissement développée par la jurisprudence arbitrale. Celle-ci inclut l'apport en nature ou en capitaux, la prise de risque, la longue durée de réalisation du projet et la contribution de l'investissement au développement économique¹⁰. La jurisprudence arbitrale caractérise d'ailleurs les activités pétrolières y compris celles de recherche comme étant constitutive de la quintessence d'une opération d'investissement¹¹. Les activités pétrolières sont en effet reconnues comme ayant la même caractéristique juridique que les activités minières car autant l'exploitation du pétrole, celle des mines est destructrice de la substance même de ressource exploitée¹².

Cette approche de l'activité minière comme étant constitutive d'investissement a également été reconnue par les traités bilatéraux d'investissement qui retiennent généralement une conception large de la notion d'investissement intégrant les droits, les intérêts, les biens et les actifs économiques¹³. Ces derniers constituent d'ailleurs le fondement du recours à l'arbitrage international dans le cadre des investissements miniers concernant nombre de pays membres de l'OHADA. Ainsi, l'Accord entre le Canada et la République du Cameroun du 3 mars 2014 concernant la promotion et la protection des investissements prévoit en son article 23 que l'investisseur peut recourir à l'arbitrage en vertu de la Convention CIRDI ou du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI¹⁴.

Malgré le caractère fermement établi du recours à l'arbitrage international pour le règlement de différends relatifs aux investissements miniers dans l'espace OHADA, la mise en œuvre de ce recours pose de difficultés qui ont fait naître des contestations qu'il convient de mettre en exergue.

B. Les contestations relatives au recours à l'arbitrage international

Les contestations relatives au recours à l'arbitrage international portent notamment sur la désignation des arbitres, le traitement inégal des États et des investisseurs notamment du point de vue procédural, le coût de l'arbitrage et le prononcé des condamnations financières favorables aux investisseurs et peu

8. Voir Article 1^{er} de la Charte des investissements du Tchad, article 1^{er} du Code des investissements du Mali et article 20 du Code des investissements du Bénin.

9. Article 1er de la Charte des investissements.

10. *Salini Costruttori and Italstrade v. Morocco* (ICSID Case No. ARB/00/4), Décision rendue le 23 juillet 2001, JDI 2002, notamment Paragraphe 196.

11. CIRDI, *RSM Production Corporation v. République centrafricaine*, 7 décembre 2010, ARB/07/02, Paragraphe 61.

12. *Saudi Arabia v. Arabian American Oil Company*, Award of 23 août 1958, Journal de droit International, p. 297

13. Article 1^{er} du du TBI Côte d'Ivoire-Turquie de 2016, disponible sur ce lien : <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bit/3694/c-te-d-ivoire-turkey-bit-2016>

14. L'Accord est disponible sur ce lien : <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/34/cameroon>

supportables pour les États africains de faible capacité économique et financière¹⁵. Il y a là un double enjeu de légitimité et de soutenabilité de l'arbitrage international pour les pays africains¹⁶.

D'abord, la nature unilatérale de l'arbitrage international a été décriée par la plupart des États qui le considèrent comme étant un facteur de déséquilibre structurel dans leurs rapports aux investisseurs¹⁷. Ceux-ci sont en effet les seuls bénéficiaires du recours à l'arbitrage en vertu des conventions internationales relatives aux investissements¹⁸.

Ensuite, du point de vue de la désignation des arbitres, les procédures arbitrales impliquant ou non les pays africains et notamment ceux de l'espace OHADA sont conduites par des tribunaux arbitraux composés souvent d'arbitres non originaires de ces pays ou simplement d'origine africaine. Ainsi, un auteur note en analysant la pratique de l'arbitrage CIRDI que les arbitres africains restent sous-représentés dans le cadre de l'arbitrage CIRDI malgré l'existence d'une liste d'arbitres ouverte à tous les États membres du CIRDI y compris aux États africains¹⁹.

En outre, le coût de l'arbitrage tant du point de vue de son financement que du point de vue de l'exécution des sentences arbitrales contenant des condamnations financières contre les États africains est source de contestations. Du point de vue du financement de l'arbitrage, les coûts élevés sont identifiés récemment comme un obstacle à l'accès à l'arbitrage pour nombre de pays africains y compris les pays de l'espace OHADA²⁰. Dans une perspective similaire, les condamnations financières peuvent être identifiées comme de potentielles sources de contestation de l'arbitrage international au regard de l'expérience récente observée par certains pays africains comme le Nigeria²¹.

Ces contestations existent dans plusieurs secteurs de la vie économique et ne portent pas strictement sur l'exploitation des ressources minières. Elles s'étendent de plus à plusieurs pays africains hors de l'espace OHADA ainsi qu'à d'autres pays de l'Amérique latine²² même si dans ce dernier cas, certains pays ont commencé à

15. Voir notamment Olivier HOMLEY, « Droit des affaires : l'arbitrage international dans le box des accusés », 28 janvier 2020, disponible sur ce lien : <https://www.jeuneafrique.com/mag/885737/economie/droit-des-affaires-larbitrage-international-dans-le-box-des-accuses/>

16. Voir Alexis MOURRE, *La légitimité de l'arbitrage*, Collected Courses of The Hague Academy of International Law – Recueil des cours, Volume 427, p. 225-261.

17. Ximena HERRERA-BERNAL, « La jurisprudence arbitrale : les préoccupations de l'arbitre concernant le traitement égalitaire des parties et la prise en compte des besoins de l'État, /ou de l'autorité concédante », RDAI N° 3 2013, p. 306-323.

18. *Ibidem*.

19. ANGELET N. (2018), *La promotion des arbitres africains : pour une appropriation panafricaine du contentieux des investissements*, African Yearbook of International Law Online / Annuaire Africain de droit international Online, 23(1), notamment p. 149-152, doi : https://doi.org/10.1163/22116176_02301007

20. Voir notamment Africa Arbitration Academy, Survey on Cost and Disputes funding in Africa, 2022, available at <https://www.africaarbitrationacademy.org/wp-content/uploads/2022/04/AAA-Survey-Report-English....pdf>

21. *Process and Industrial Developments Ltd. v. The Ministry of Petroleum Resources of the Federal Republic of Nigeria*, Ad hoc arbitration, Final Award, 31 January 2017, available at : <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-process-and-industrial-developments-ltd-v-the-ministry-of-petroleum-resources-of-the-federal-republic-of-nigeria-final-award-tuesday-31st-january-2017>. Le Nigeria était notamment condamné à payer près de 10 milliards de dollars à l'investisseur.

22. Nicolas BOEGLIN, "ICSID and Latinamerica : Criticisms. withdrawals and regional alternatives", disponible sur ce lien : <https://www.bilaterals.org/?icsid-and-latin-america-criticisms&lang=en>

réintégrer le mécanisme²³ en plus du fait que le retrait alors opéré posait en son temps de problèmes juridiques de mise en œuvre²⁴. Les contestations fondées notamment sur le coût de l'arbitrage sont particulièrement préoccupantes pour les pays africains de l'espace OHADA qui représentent globalement des pays avec un faible PIB. En matière minière, cela est encore plus délicat car les revenus miniers et pétroliers impactent largement sur le budget annuel des États africains de l'espace OHADA.

Ces contestations ont abouti parfois à la dénonciation de l'arbitrage international et des traités d'investissement ; c'est le cas récemment en Afrique du Sud²⁵ et en Tanzanie²⁶. Dans d'autres cas comme celui de la Côte d'Ivoire, on a noté une préférence des instruments locaux de traitement arbitral de différends contre un retrait de l'accès direct à l'arbitrage international. Cette dernière tendance mérite une attention particulière en ce qu'elle s'inscrit dans le cadre de l'émergence d'instruments locaux favorables à l'arbitrage des investissements miniers dans l'espace OHADA.

II. – L'émergence des instruments favorables à l'arbitrage local des investissements miniers dans l'espace OHADA

Il existe désormais, et de plus en plus, des instruments locaux de règlement arbitral des différends relatifs aux investissements miniers. Il s'agit autant d'instruments normatifs qu'institutionnels.

Il convient d'examiner dès lors la mise en place des règles favorables à l'arbitrage local de différends relatifs aux investissements miniers (A) et la préférence accordée aux forums locaux de règlement arbitral des investissements miniers (B).

A. La mise en place de règles favorables à l'arbitrage local de différends relatifs aux investissements miniers

La récente réforme du droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA permet de constater qu'il existe désormais des règles favorables à l'arbitrage local de différends relatifs aux investissements miniers tant au niveau national qu'au niveau régional. Cette évolution est perceptible tant du point de vue du fondement du recours à l'arbitrage que de sa mise en œuvre.

23. Guillaume LONG et Andrés ARAUZ, « Réintégration des tribunaux d'arbitrage : la nouvelle victoire des multinationales en Équateur », 20 juillet 2021, disponible sur ce lien : <https://www.bilaterals.org/?reintegration-des-tribunaux-d&lang=en>

24. CAZALA Julien, « La dénonciation de la convention de Washington établissant le CIRDI » in : *Annuaire français de droit international*, volume 58, 2012, p. 551-565. DOI : <https://doi.org/10.3406/afdi.2012.4694>

25. Voir Protection of Investment Act 22 of 2015, Section 13. Voir également Tarcisio Gazzini, *Rethinking the promotion and protection of foreign investments : South Africa's Protection of Investment Act 22 of 2015*, African perspectives in international investment Law, Manchester University Press, December 2020, p. 131-154.

26. The Natural Wealth and Resources (Permanent Sovereignty) Act, 2017, Section 11. Amne SUEDI, « De l'importance d'avoir un système d'arbitrage « centré sur l'Afrique », et la réforme de la loi tanzanienne sur l'arbitrage », disponible sur ce lien : <https://www.iisd.org/itn/fr/2020/10/05/the-need-for-africa-focused-arbitration-and-reform-of-tanzanias-arbitration-act-amne-suedi/>

Au niveau régional, la consécration de l'arbitrage d'investissement par l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage s'inscrit dans la perspective de promouvoir l'arbitrage de différends miniers. L'article 3 de l'Acte uniforme prévoit que « l'arbitrage peut être fondé sur une convention d'arbitrage ou sur un instrument relatif aux investissements, notamment un code des investissements ou un traité bilatéral ou multilatéral relatif aux investissements. ». Il faut cependant admettre avec une partie de la doctrine que l'intégration de l'arbitrage d'investissement est imparfaite en ce que les éléments constitutifs de la structure substantielle du contentieux minier n'y sont pas prévus. La publicité des débats, la publication des sentences arbitrales ou encore l'intervention des *amici curiae* ne sont pas expressément et pleinement consacrées²⁷.

Au niveau national, la récente réforme du Code minier du Mali prévoit expressément pour la première fois²⁸ que tout désaccord, autre que purement technique, entre le titulaire d'un titre minier et l'État dans l'application des dispositions du présent code et de ses textes d'application est tranché en dernier ressort par les tribunaux maliens de droit commun, par un tribunal arbitral régional constitué en vertu du droit malien ou encore par un tribunal arbitral international lorsque la convention minière le prévoit²⁹. Il ressort de cette disposition que le législateur malien donne la préférence aux tribunaux maliens et aux tribunaux arbitraux régionaux constitués en vertu du droit malien. Dans cette dernière catégorie, on peut retrouver notamment les tribunaux siégeant sous l'égide de la CCJA de l'OHADA. Aussi, le recours à l'arbitrage international ne devient possible qu'en vertu d'un choix contractuel des parties ou le cas échéant en vertu d'une loi nationale des investissements ou d'un traité international d'investissement auquel l'État malien est partie.

Outre les contestations propres aux lacunes du système international de règlement arbitral de différends, la mise en place d'un cadre juridique favorable à l'arbitrage local des investissements miniers peut se justifier par plusieurs arguments à la fois politiques, logiques et juridiques. Les activités minières sont en effet réalisées dans les pays africains titulaires de ces ressources et sont soumises substantiellement au droit local. Le différend minier prend ainsi sa source au niveau local et se résout également sur la base du droit local qui est généralement le droit applicable au fond³⁰. Dès lors, il revient logiquement aux forums locaux de pouvoir en décider. C'est cette suite de raisonnements qui justifie aujourd'hui le recours formel aux forums locaux pour le règlement des investissements miniers.

27. Walid BEN HAMIDA, "L'intégration imparfaite de l'arbitrage d'investissement dans le droit de l'OHADA", *Revue de l'Arbitrage*, Volume 2019, Issue 4, p. 1109 et s.

28. Le Code minier malien de 2012 précédant celui de 2019 ne prévoit aucune disposition en matière de règlement de différends entre l'État et les investisseurs miniers.

29. Article 210 du Code minier du Mali.

30. Il peut arriver cependant que l'origine du différend minier soit le résultat d'une action internationale notamment en matière d'embargo. De même, le droit applicable au différend minier peut inclure les principes généraux de droit appliqués par les tribunaux arbitraux comme le prévoit expressément l'article 42 de la convention minière type du Sénégal. Sur l'embargo et le contentieux extractif, voire notamment Mathias Audit, « Les embargos et l'exécution des contrats de l'industrie extractive », in A. NGWANZA et G. LHUILIER (dir.), *Le contentieux extractif*, LexisNexis/CCI, 2015, p. 62-73.

B. La préférence accordée aux forums locaux de règlement arbitral des investissements miniers

Il existe désormais des instruments juridiques adoptés par les pays de l'espace OHADA qui favorisent le recours aux centres d'arbitrage locaux et régionaux notamment dans les litiges impliquant l'État et en matière d'investissements. Ces deux situations s'appliquent à la matière extractive où il est question à la fois d'investissement et d'intervention contractuelle de l'État.

Ainsi, au Tchad, en matière de contrats d'affaires, conventions ou accords signés par l'État tchadien, il est désormais suggéré d'y insérer une clause d'arbitrage CCJA et à défaut une clause d'arbitrage sous l'égide du Centre d'arbitrage, de Médiation et Conciliation de N'Djamena (CAMC-N)³¹. Il résulte quatre principales observations de cette Circulaire. Premièrement, elle a une vocation normative en ce qu'elle institue une obligation de recourir à l'arbitrage régional ou national. Deuxièmement, le champ d'application matériel de cette obligation est relativement large en ce qu'il vise tous les contrats d'affaires, conventions et autres accords signés par le Tchad. On peut y retrouver les conventions portant sur l'exploitation des ressources minières qui constitue une activité commerciale par nature³². Aussi, les conventions signées par le Tchad devraient pouvoir intégrer les traités internationaux même si en pratique le recours à l'arbitrage international est privilégié. L'arbitrage unilatéral résultant des lois nationales semble toutefois être exclu du champ d'application de la Circulaire en ce qu'elle vise expressément les différends contractuels ou conventionnels. Cette exclusion peut se justifier par le fait que le traité constitutif de l'OHADA vise les différends contractuels pour retenir la compétence de la CCJA³³. Il faut cependant noter que ce traité n'est pas à jour par rapport à la récente réforme du règlement d'arbitrage de la CCJA et de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage qui retiennent outre le fondement contractuel, la loi et les conventions internationales comme nouveaux fondements de l'arbitrage OHADA³⁴. Troisièmement, la Circulaire vise les conventions signées par le Tchad. Si cette précision exclut de fait les conventions conclues entre personnes privées, on peut logiquement y inclure l'État et ses démembrements y compris les collectivités locales, les établissements publics ou encore les entreprises publiques minières. Ces différentes entités disposent d'ailleurs de l'aptitude à compromettre en vertu du droit OHADA³⁵. Quatrièmement, le recours à l'arbitrage CCJA est le choix de principe selon la Circulaire à défaut duquel le CAMC-N est privilégié. La Circulaire justifie expressément le recours à l'arbitrage CCJA par le fait que l'État tchadien est membre de l'OHADA dont la CCJA constitue un organe juridictionnel d'appui et d'intégration communautaire. Si le terme « appui » est malvenu et peut créer une certaine suspicion sur la neutralité de l'organe

31. Note circulaire Numéro 023/PCMT/PMT/CGG/2022 du 3 mai 2022 du Premier ministre de la République du Tchad portant insertion des clauses d'Arbitrage CCJA dans tous les contrats d'affaires, Conventions et autres accords signés par le Tchad "la Circulaire".

32. Article 3 de l'Acte Uniforme portant droit commercial général.

33. Article 21 du Traité de Port-Louis du 17 octobre 1993 modifié par le Traité de Québec du 17 octobre 2008.

34. Article 3 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage et article 2.1 du Règlement d'arbitrage de la CCJA.

35. Article 2 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage

juridictionnel qu'est la CCJA, la fonction d'intégration de celle-ci pour les pays, les entreprises et les citoyens de l'espace communautaire ne peut être contestée. La Circulaire critique expressément les institutions internationales comme la CCI qui sont choisies comme forums de règlement de différends dans la plupart des contrats signés par le Tchad.

C'est dans la même perspective d'intégration régionale et de remise en cause des institutions internationales d'arbitrage que le nouveau code des investissements de la Côte d'Ivoire exclut le recours direct à l'arbitrage CIRDI au profit de l'arbitrage CCJA³⁶. Il résulte de cette réforme que l'État ivoirien retire son consentement direct et ferme à l'arbitrage CIRDI au profit de l'arbitrage CCJA³⁷. Ce choix s'explique par une triple proximité de la Côte d'Ivoire avec la CCJA. D'abord, l'État ivoirien est membre de l'OHADA. Ensuite, la Côte d'Ivoire abrite la CCJA et en conséquence de ce qui précède, il est familier avec le système juridique OHADA de manière générale. Comme pour conforter et sécuriser ce choix, le nouveau code dispose qu'un choix adopté par l'investisseur implique la renonciation à toute autre offre d'arbitrage. Cette innovation introduit une clause d'option irrévocable ("fork in the road clause") qui existe déjà dans certains traités d'investissement signés par la Côte d'Ivoire³⁸. En vertu de cette clause, l'option pour une voie de règlement de différends déterminée emporte renonciation irrévocable à toute autre voie de règlement de différend.

L'option pour les centres régionaux au détriment des institutions internationales d'arbitrage ne suffit pas en soi à mettre en place un système de règlement de différends efficace et adapté au contentieux extractif. Celui-ci comporte par nature des enjeux pluriels y compris la protection de droits humains qui sont en l'état actuel du système arbitral insuffisamment pris en charge. Il convient dès lors d'envisager le renforcement de la prise en compte de cette exigence dans le contentieux arbitral relatif aux investissements miniers.

III. – Le renforcement de la prise en compte de droits humains dans le contentieux arbitral relatif aux activités minières

L'option de traitement conceptuel de l'exploitation minière comme un investissement traduit un certain parti intellectuel pris dans l'analyse de l'opération économique en jeu. Celle-ci nécessite certes des investissements à protéger mais aussi divers intérêts en jeu à couvrir en plus d'impacts multiples qu'elle engendre. Ces enjeux méritent d'être pris en compte dans une compréhension large de l'exploitation minière comme une activité économique capable de mettre en

36. Article 50 Ordonnance N° 2018-646 du 1er août 2018 portant Code des investissements

37. En comparaison, l'ancien code des investissements de 2010 prévoyait en son article 20 que « le consentement des parties à la compétence du CIRDI ou du mécanisme supplémentaire, selon le cas... est constitué, pour la République de Côte d'Ivoire par le présent article, et exprimé expressément dans la demande d'agrément pour la personne concernée ».

38. Voir par exemple l'article 12 du TBI Côte d'Ivoire-Turquie de 2016.

cause l'intérêt général au-delà de sa dimension d'investissement privé protégé. Ces enjeux ne sont qu'insuffisamment pris en compte au plan substantiel et faiblement intégrés au niveau procédural. La prise en compte des droits humains doit être renforcée tant du point de vue substantiel (A) que sur le plan contentieux (B) en ce qui concerne notamment la protection de droits humains élément néphrologique dans la mise en œuvre des activités minières.

A. Le renforcement des règles substantielles protectrices de droits humains dans le cadre de la mise en œuvre des activités minières

L'exploitation des ressources minières constitue une activité qui met à l'épreuve l'exigence de protection de droits humains. Elle confronte la nécessité de rentabilisation et d'optimisation de la rente minière en contrepartie légitime des investissements importants fournis. L'objectif économique de la mise en œuvre des activités minières doit toutefois prendre en compte l'exigence de protection de droits humains. Ceux-ci concernent notamment le respect de droits culturels, le droit à un environnement sain, la protection de droits fonciers ou encore le droit au développement social et économique. Ils sont pris en compte désormais tant au niveau national qu'international.

Au niveau national, la protection de droits humains comprend la protection de l'environnement, le respect de droits culturels, l'indemnisation des populations locales en cas de perte de droits fonciers du fait des activités minières ou encore le droit au développement local. Au Sénégal, ces différents droits sont consacrés autant par la Constitution³⁹ que par la législation minière⁴⁰. Dans le même élan de protection de droits humains, la convention minière type du Sénégal prévoit désormais que la stabilité des conditions fiscales et douanières de l'exploitation minière accordée aux entreprises minières n'inclut pas les droits humains qui sont susceptibles d'évoluer dans le temps dans une optique de protection permanente nonobstant l'existence d'un engagement de stabilité juridique et fiscale⁴¹. La convention minière type du Sénégal prévoit expressément que « les dispositions relatives aux droits de l'homme, à la santé, à la sécurité, à l'emploi, à l'hygiène, aux aspects environnementaux et sociaux et tous les droits, impôts et taxes y afférents sont exclus du champ de la stabilisation »⁴². Ce faisant, le législateur sénégalais consolide sa réforme protectrice de droits humains déjà engagée dans le code pétrolier⁴³. Cette approche est conforme à la pratique internationale qui tend à exclure les droits humains du champ d'application matériel de la stabilité juridique.

Au niveau international en effet, la protection de droits humains s'observe notamment dans le cadre des Traités Bilatéraux d'Investissement (« TBI ») conclus par les pays de l'espace OHADA. Il convient de noter de prime abord avec

39. Article 25-1 de la Constitution du Sénégal.

40. Voir notamment articles 21 et 35 du Code minier du Sénégal.

41. Article 22.

42. *Ibidem*.

43. Article 72 du Code pétrolier.

certain auteurs que les premières générations TBI ont été conclues dans un contexte postcolonial où les droits économiques et sociaux collectifs sont encore non formulés, l'attention publique sur l'environnement limitée, la non-codification d'un statut autonome de peuples autochtones distinct de celui de l'État-hôte et les réclamations d'États nouvellement indépendants pour le contrôle de leurs ressources naturelles non encore intégralement articulés⁴⁴.

Les TBI récemment conclus par les pays africains de l'espace OHADA n'ont pas réellement avancé sur ce sujet. La protection de droits humains du côté de l'État demeure toujours insuffisamment prise en charge alors que le droit de propriété de l'investisseur est protégé comme une composante de droits humains⁴⁵. Les stipulations existantes se rapportent à la conformité du droit national et au pouvoir de l'État de réguler dans l'intérêt général. Ces stipulations sont génériques et n'admettent que vaguement le droit de l'État de réguler en faveur de droits humains et le devoir général de l'investisseur de se conformer au droit national y compris aux dispositions en faveur de droits de l'homme. Dans ce dernier cas, on peut identifier l'existence de la Charte africaine de droits de l'homme et des peuples à laquelle ont adhéré l'ensemble des pays de l'espace OHADA. Cette charte comporte nombre de dispositions relatives à la protection des droits de l'homme dont le droit de propriété, le droit à un environnement sain⁴⁶. Ses stipulations ont été reconnues dans nombre d'affaires portées devant la Cour et la Commission africaine de droits de l'homme et du peuple concernant à juste titre l'exploitation des ressources minérales⁴⁷.

Les nouvelles générations des TBI devant être conclus par les États africains notamment de l'espace OHADA doivent clairement prévoir des dispositions relatives aux droits humains. Elles doivent également inclure des dispositions procédurales spécifiques devant permettre leur restauration ou leur protection contre d'éventuelles violations.

B. Le renforcement de la prise en compte des droits humains en matière d'arbitrage de différends relatifs aux activités minières

La configuration actuelle de l'arbitrage de différends relatifs aux activités minières, qu'il soit contractuel ou unilatéral, local ou régional ne prend pas réellement en compte les droits humains malgré l'existence des règles substantielles y relatives. Cela est dû principalement à l'absence du droit d'agir de l'État du point de vue conventionnel et d'autre part à l'absence du droit d'agir des tiers impactés par les activités extractives tant du point de vue contractuel que du point de vue unilatéral.

Du point de vue de l'État, celui-ci ne dispose pas du droit d'agir devant les tribunaux arbitraux en cas de violation de droits de l'homme en vertu des TBI.

44. Horatia MUIR WATT, *The contested legitimacy of investment arbitration and the human rights ordeal*, 2012, fihal-00972976f.

45. *Ibidem*.

46. Voir notamment articles 2-26 de la Charte, disponible sur ce lien : https://au.int/sites/default/files/treaties/36390-treaty-0011_-_african_charter_on_human_and_peoples_rights_f.pdf

47. Voir notamment Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, affaire 155/96 : *Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR) c/ Le Nigeria*, 13-21 octobre 2001.

La demande en arbitrage est réservée uniquement à l'investisseur d'où la nature unilatérale de l'arbitrage d'investissement. Les préoccupations relatives aux droits de l'homme ne peuvent dès lors être utilisées que comme moyens de défense comme des demandes reconventionnelles. Ce qui réduit les chances d'une réelle prise en compte des droits humains par les tribunaux arbitraux d'autant plus que les demandes reconventionnelles sont soumises à des conditions de mise en œuvre limitées. Par exemple, la convention CIRDI à laquelle l'essentiel des États membres de l'OHADA sont parties, subordonne la recevabilité des demandes reconventionnelles à la compétence du tribunal, au lien entre lesdites demandes et l'objet du litige et au consentement des parties⁴⁸. Ces critères sont interprétés jusqu'ici de manière rigoureuse par les tribunaux arbitraux de sorte que les demandes reconventionnelles portées par l'État ne sont admises que rarement en pratique⁴⁹. Aussi, en plus de ces critères, il est généralement retenu que lorsque le fondement de l'arbitrage résulte d'un traité ou d'une loi nationale d'investissement, la demande reconventionnelle doit soutenir l'existence du droit de l'homme sous-jacent dans l'instrument juridique fondant la demande principale d'arbitrage. Or en pratique, rares sont les codes nationaux des investissements de l'espace OHADA et les TBI auxquels ils sont parties qui consacrent des dispositions expresses et positives en matière de droits humains. Il reste alors à l'État demandeur reconventionnel de recourir à l'ordre public international, foyer structurel de droits de l'homme, et dont les tribunaux arbitraux internationaux ne peuvent en principe ignorer l'existence même s'il n'est pas constitutif formellement du droit applicable au différend⁵⁰.

Dans une optique de réforme des dispositions substantielles des TBI conclus par les États africains de l'espace OHADA en faveur de droits humains et suivant une logique de bilatéralisation des obligations des parties dans les TBI⁵¹, la référence au modèle de TBI de l'Africa Arbitration Academy (« le Modèle »)⁵² peut être importante. Ce modèle prévoit notamment que la clause relative au traitement national et la clause de la nation la plus favorisée ne doivent être interprétées comme empêchant l'application d'une mesure édictée pour protéger ou promouvoir un objectif légitime de bien-être public, la santé publique, la sécurité et l'environnement, les droits du travail, les droits de l'homme, les droits des consommateurs et le bien-être social⁵³. Une telle mesure, selon le Modèle, ne doit pas être analysée comme étant constitutive d'expropriation si elle est fondée sur l'intérêt général, édictée conformément à la loi et de manière non discriminatoire⁵⁴. De manière plus décisive, le Modèle prévoit que les investisseurs

48. Article 46.

49. Voir notamment CIRDI ARB/07/26, *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilabao Biskaia Ur. Partzuergoa c. Argentine*, sentence du 8 décembre 2016, § 1151.; CIRDI ARB/08/5, *Burlington Ressources Inc. c. Équateur*, sentence du 7 février 2017.

50. *Methanex v. United States of America*, Final Award, Part IV, Chapter C, p. 11, § 24.

51. Les dispositions des TBI sont généralement décrites comme contenant de droits pour les investisseurs et des obligations pour l'État. Pour une logique inverse, voir notamment MBENGUE, MAKANE Moïse. « Les obligations des investisseurs », in Laurence DUBIN, Pierre BODEAU-LIVINEC, Jean-Louis ITEN et Vincent TOMKIEWICZ (dir.). *L'entreprise multinationale et le droit international*, Paris, Pedone, 2017, p. 295-337.

52. Le modèle est disponible sur ce lien : <https://www.africaarbitrationacademy.org/wp-content/uploads/2022/08/AAA-MBIT-FRENCH.pdf>

53. Article 4.

54. Article 6.

doivent se conformer aux critères d'évaluation environnementale et sociale et aux processus d'évaluation applicables conformément aux lois de l'État-hôte concernant l'investissement en cause⁵⁵. Le modèle prévoit plus généralement que les investisseurs respecteront les droits de l'homme dans l'État hôte, y compris sur le lieu de travail et dans la communauté au sens large⁵⁶.

Du côté des tiers et notamment des populations locales impactées par les activités minières, ceux-ci ne disposent pas d'un droit spécifique du droit d'agir devant les instances arbitrales. Les populations locales impactées par les activités minières, bénéficiaires par ailleurs des dispositions relatives aux droits de l'homme, ne disposent pas du droit d'agir devant les tribunaux arbitraux. Le droit d'agir devant les tribunaux arbitraux est réservé à l'État et aux entreprises minières en vertu des conventions minières qui lient les deux parties. Du point de vue des traités internationaux d'investissement, la plupart des TBI y compris ceux conclus par les États de l'espace OHADA ne consacrent pas un droit d'agir des tiers devant les tribunaux arbitraux. En revanche, le règlement d'arbitrage du CIRDI prévoit le droit de présenter une opinion des tiers au tribunal arbitral lorsque leurs intérêts sont en jeu y compris ceux relatifs aux droits humains⁵⁷. Mieux, le règlement d'arbitrage relatif aux entreprises et aux droits humains du 12 décembre 2019 prévoit l'intervention des tiers en cas d'atteinte aux droits humains soumise à l'acceptation du tribunal arbitral et autonome du consentement des parties⁵⁸.

Bien que le règlement d'arbitrage de la CCJA prévoit un régime d'intervention volontaire suffisamment large pour y intégrer les tiers comme l'envisage théoriquement une partie de la doctrine⁵⁹, ce régime reste largement tributaire du consentement des parties litigantes originelles et de l'acceptation du tribunal arbitral⁶⁰. De plus, l'absence de principe de la publicité des procédures arbitrales CCJA rend difficile en pratique l'accès des tiers aux débats et à la documentation nécessaire au soutien de leurs prétentions⁶¹.

En attendant la consécration du droit d'agir autonome des tiers impactés par les activités extractives, il est important que les tribunaux arbitraux prennent en compte dans la résolution des différends miniers l'exigence de protection de droits humains. Cela passe notamment par l'acceptation flexible des demandes reconventionnelles lorsqu'elles mettent en jeu la protection de droits humains, un pouvoir autonome des tribunaux arbitraux d'accepter des soumissions d'*amici curiae* et veiller à ce que les condamnations financières pour violation de droits humains puissent bénéficier ultimement aux personnes et communautés dont les droits ont été méconnus.

55. Article 9.

56. Article 10.

57. Article 67 (2) du Règlement d'arbitrage du CIRDI.

58. Le règlement est disponible sur ce lien : https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/12/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-Arbitration_CILC-digital-version.pdf

59. Voir Achille NGWANZA, « La transparence dans l'arbitrage en matière extractive », in *La transparence dans les industries extractives en Afrique*, Presses de l'Université de Québec, July, 2021, p. 311-354, spécialement p. 322.

60. Article 8-1-3 du Règlement d'arbitrage de la CCJA.

61. Article 14 du Règlement d'arbitrage de la CCJA.

The Changing Landscape of Banking Activities in sub-Saharan Africa: What This Means for International Arbitration

Tsegaye LAURENDEAU¹
Partner
Signature Litigation LLP

ABSTRACT

Over the last twenty years, the banking sector in sub-Saharan Africa has undergone significant changes. This trend will continue unabated if, as is its role, the banking sector is to effectively sustain the continent's needs for economic expansion. As African banks progressively engage with various economic stakeholders, including partners, competitors and regulators, the potential for disputes, in turn, increases. Arbitration, as a dispute resolution means, is unlikely to face meaningful competition from domestic courts in Africa and could thus be quicker in getting a foothold in the banking sector in Africa than it has been in the western world.

Introduction

The banking sector in sub-Saharan Africa has significantly changed since the 1990's. Financial liberalisation, the emergence of regional banks, the acceleration of cross-border bank lending flows and the growth of digital finance are some of the transformations that the sector has experienced.

Yet, economists agree that these remarkable achievements are insufficient to sustain economic growth at the rate and scale required to match the continent's development and investment needs. Oversight by banking regulators, who are primarily responsible for supervising the internal operations of banks and the functioning of the banking system as a whole, are having to keep pace with these changes, and in particular to adapt their operations to the increasing cross-border activity and competition on the continent. This situation is creating fertile ground for tensions to build between regulators and players in the banking space, which in turn can lead to claims against the regulator and the State itself, as experience from other parts of the globe has shown.

1. The author would like to thank Gavin Collins, trainee solicitor at Signature, for his input.

Meanwhile, although the number of banks operating in sub-Saharan Africa has increased exponentially, their size, resilience and the quality of their assets leave room for considerable growth still. A predictable path ahead, therefore, is intensifying consolidation of smaller-sized banks and external growth across the banking sector. More merger & acquisition types of commercial transactions in the banking industry will inevitably contribute to an increase in disputes involving banks acting in their role as commercial parties to such transactions, not as providers of banking services.

Another definite trend is the fact that African regional banks are becoming essential participants in the financing of the infrastructure, energy, and public service projects, all crucial to sustainable economic growth on the continent. These sectors and types of projects regularly produce arbitration cases and are among the limited areas in which arbitration is gradually finding its foothold in the banking world, which has historically preferred commercial litigation instead.

This article will first outline the key trends that have emerged in the African banking sector over the past twenty years and then consider the resulting opportunities for international arbitration.

I. Growth, disruption, and consolidation in the sub-Saharan Africa banking sector

A. The emergence of private banks and pan-African banking groups

The acceleration of economic growth in sub-Saharan Africa has been accompanied by an expansion of the financial services industry. Following various legislative acts in the 1990's in several countries in sub-Saharan Africa, the banking industry gradually moved away from traditional State-owned banks to privately-owned banks.² This liberalisation of the banking sector in turn attracted international banks that either acquired local banks or established local subsidiaries. As a result, over the last twenty years, many of the pre-existing State-owned banks have simply ceased to exist.

The financial crisis of 2007-2010 and the European debt crisis of 2010-2012 forced US and European banks to refocus on their core activities and markets outside of Africa. The gradual pullback of international banks incited local banks in Africa, in an opposite movement, to expand their activities beyond national borders. African banks such as South Africa's Standard Bank Group, Absa Group and FirstRand, Togo's Ecobank Transnational Incorporated or Nigeria's Access Bank and Zenith Bank expanded their footprint into the region, initially by participating in the financing of extractive and construction industries, and subsequently, by establishing local subsidiaries. These banks today have a combined presence in 36 of the 46

2. International Monetary Fund – African Department, *Evolving Banking Trends in sub-Saharan Africa, Key Features and Challenges*, Mauro Mecagni, Daniella Marchattini and Rodolfo Maino, September 2015, pp. 5-6, available at (<https://www.imf.org/external/pubs/ft/dp/2015/afr1508.pdf>).

sub-Saharan African States.³ In practice, this means that, excluding international financial institutions, the majority of cross-border financing activity in sub-Saharan Africa comes from Nigerian and South African regional banks.

The quick-paced liberalisation of banking activities in sub-Saharan Africa precipitated the establishment of a large number of small banks with limited capital. Banks with poor quality assets and constrained capital availability undermine the viability of the banking sector in its entirety. Consolidation was essential to ensure a healthier and more stable banking environment. This is what happened at the instigation of domestic regulators. Following a thorough consolidation exercise in 2005, the number of banks in South Africa was reduced to 25, from 89 originally.⁴ From 2010, the Ghanaian banking sector experienced an acceleration in mergers and acquisitions. The country had 23 banks by the end of 2018, down from 34 a year earlier. Similar bank consolidation efforts occurred in Kenya, South Africa, Tanzania, and Nigeria.

B. The emergence of disruptors

While traditional banking services have grown steadily in sub-Saharan Africa over the past 20 years, the aggressive use and application of new digital technologies in finance has facilitated leapfrogging of certain growth stages, particularly in retail banking. One of the most successful instances of disruptive technologies taking hold in traditional banking was the introduction of money mobility technology in East Africa.

In 2007, taking advantage of the deep penetration of mobile phone networks in Kenya, the country's largest mobile network operator – Safaricom – established M-PESA, a mobile money transfer service. The successful launch and implementation of M-PESA to underserved and, specifically, underbanked, rural Kenyans illustrated the possibilities of using existing technologies to deploy an innovative form of branchless banking and, in this manner, provide banking services to a wider population. In Kenya, the traditional banking and financial services industry had concentrated on the Kenyan middle and upper classes in urban areas, neglecting the less profitable, relatively inaccessible rural market. By 2022, M-PESA was growing at an annual rate of 30.3%, had approximately 30 million customers and realised annual revenue of some USD 910911 million (accounting for approximately 50% of Safaricom's total revenue and 10% of all revenue of Kenyan commercial banks).⁵ M-PESA has since entered other African countries such as Tanzania, Ghana, Lesotho, Ethiopia and Mozambique and has expanded into additional banking services, such as lending, insurance, and remittance businesses, often through partnerships with incumbent commercial banks. While the effect of these developments on economic growth and the improvement in the quality of life of rural Kenyans is currently debated within academic circles, the impact on the developmental and commercial landscape of

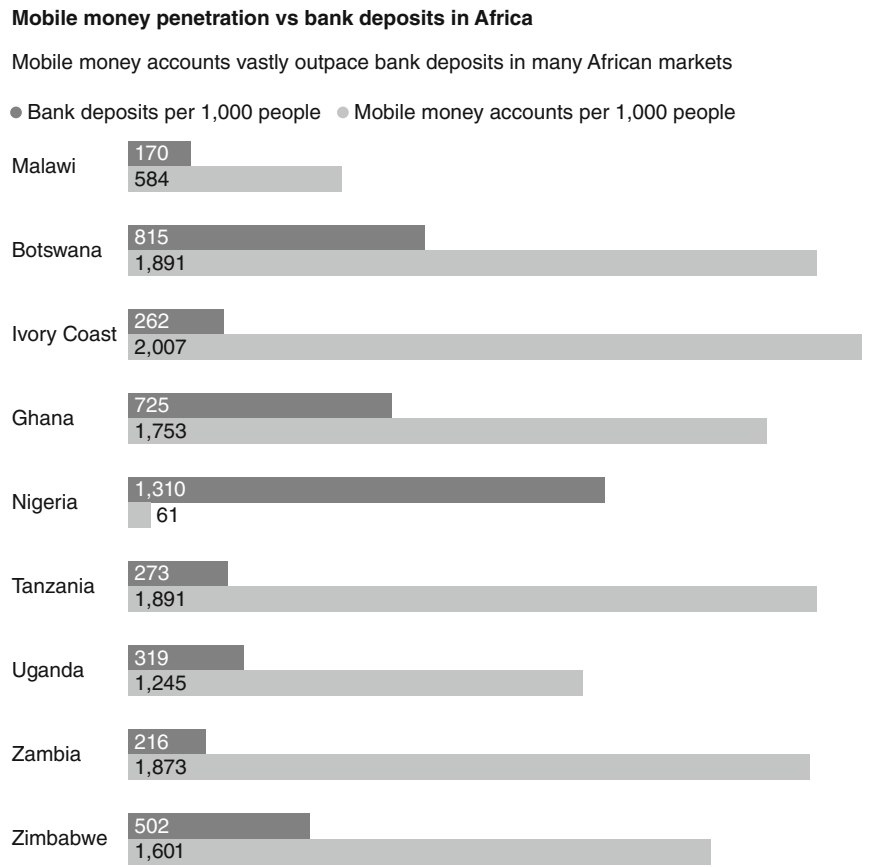
3. *Ibid.*, p. 24.

4. Business Daily, *Consolidation is the future of banking in East Africa*, 10 May 2022, available at (<https://www.businessdailyafrica.com/bd/opinion-analysis/columnists/consolidation-is-the-future-of-banking-in-east-africa-3809704>).

5. Connecting Africa, *M-Pesa remains Safaricom's most profitable service*, 13 July 2022, available at (https://www.connectingafrica.com/author.asp?section_id=761&doc_id=778966).

the country has been significant. Branchless banking facilitates financial inclusion. Indeed, the introduction of this mobile payment system has expanded access to financial services for millions of Kenyans. By 2016, 75% of Kenya’s population had access to financial services in bank accounts and money transfers, up from only 26.7% in 2006, just before M-PESA was launched.⁶

The following chart prepared by the IMF illustrates the size of the mobile money market relative to traditional banking deposits by end of 2020 in different African countries:⁷



Note: Countries were chosen from Standard Bank’s footprint, based on size and data availability. Numbers are for 2019 or 2020, aside from Ghana and Tanzania where the latest available figures were from 2018 and 2015 respectively.
Source: International Monetary Fund

6. Central Bank of Kenya, *2016 FinAccess Household Survey*, February 2016, p. 6, available at (https://www.centralbank.go.ke/uploads/financial_inclusion/736331048_FinAccess%20%20Household%202016%20Key%20Results%20Report.pdf).

7. Reuters, *Africa’s banks take on telcos in battle for upwardly mobile money*, 10 December 2021, available at (<https://www.reuters.com/technology/africas-banks-take-telcos-battle-upwardly-mobile-money-2021-12-09/>). (As mentioned in the article, “[n]umbers are for 2019 or 2020, aside from Ghana and Tanzania where the latest available figures were from 2018 and 2015 respectively”.)

The picture is clear: as the IMF notes, “[m]obile money accounts vastly outpace bank deposits in many African markets”. Unsurprisingly, legacy banking institutions have turned their attention to this market and have begun establishing similar lines of business. For example, in August 2021, South Africa’s Standard Bank Group, the continent’s largest bank in assets, launched its own mobile banking service, UNAYO, which it expects to be fully operational by the end of 2023.⁸

This alternative banking system is forcing traditional banks to continue to adapt. For example, new partnerships have been established between banks and telecom operators as well as fintech companies to provide mobile and/or online financial services to banks’ customers. In Kenya, M-Shwari, a mobile lending application, was developed through a partnership between the Commercial Bank of Africa and Safaricom. As reported in 2020, the platform provided 80,000 consumer loans per month with only 1.9% of non-performing loans in its portfolio. Barclays Africa and Old Mutual, both based in South Africa, have partnered with Ghanaian fintech company, Jumo, to provide 50,000 loans per day via mobile applications.⁹ Such partnerships between incumbent banks and new players are accelerating as legacy institutions look to leverage new technologies in an increasingly competitive landscape.

C. African banks’ increasing role in the financing of infrastructure and energy projects

Africa’s need for colossal investments for infrastructure and energy projects has been extensively documented. Estimates by the African Development Bank from 2018 suggest that the continent’s infrastructure needs amount to USD 130–170 billion a year, of which USD 68–108 billion remains unfinanced.¹⁰ As of 2022, over 600 million Africans still have no universal access to electricity and it will take some USD 32-40 billion investment in the energy supply chain annually to achieve this access by 2030.¹¹ In addition, the continent requires between USD 118-145 billion investment annually to meet its climate action commitments and USD 144 billion annually to recover from the effects of the Covid-19 pandemic.¹² At the same time, external financial flows into Africa have remained relatively static at USD 200 billion annually between 2015 and 2020.¹³ The combination

8. Nyasa Times, *Standard Bank Launches Unayo – New Service to Tap the Unbanked*, 16 September 2021, available at (<https://allafrica.com/stories/202109160446.html>).

9. Infomineo, *Digital Banking in Africa: Origins and Development Outlook*, 16 January 2020, available at (<https://infomineo.com/digital-banking-in-africa-origins-and-development-outlook/>).

10. African Development Bank Group, *Chapter 3 – Africa’s Infrastructure: Great Potential but Little Impact on Inclusive Growth*, African Economic Outlook 2018, p. 63, available at (<https://www.afdb.org/en/documents/document/african-economic-outlook-aoe-2018-99877>).

11. African Development Bank Group, *Highlights – Chapter 1 – Africa’s Economic Performance and Outlook*, African Economic Outlook 2022, 25 May 2022, pp. 5-6, 9, available at (<https://www.afdb.org/en/documents/african-economic-outlook-2022>).

12. African Development Bank Group, *Highlights – Chapter 3 – Financing Climate Resilience and a Just Energy Transition in Africa: Strategies and Instruments*, African Economic Outlook 2022, 25 May 2022, pp. 9-10, available at (<https://www.afdb.org/en/documents/african-economic-outlook-2022>).

13. African Development Bank Group, *Chapter 1 – Africa’s Economic Performance and Outlook*, African Economic Outlook 2022, 25 May 2022, pp. 25-27, available at (<https://www.afdb.org/en/documents/african-economic-outlook-2022>).

of these factors has left the continent in significant need of financing to further economic growth and social development.

International lenders, particularly development finance institutions such as the International Finance Corporation (the private arm of the World Bank) and the African Development Bank Group, have historically been the main source of funding for infrastructure projects in Africa.¹⁴ Since the onset of the 2008 financial crisis, however, international lenders have scaled back their participation in syndicates for new projects in Africa.¹⁵ The Covid-19 pandemic has accelerated this trend. Another persistent reason for the reluctance of international banks to commit to long term non-recourse financing of infrastructure projects is the 'bankability' of such projects, which requires that risks attributable to corruption, political instability and insolvency are brought to acceptable levels before capital is committed. Meanwhile, less risk-averse players have entered the market. Infrastructure funds and private equity funds, such as African Infrastructure Investment Managers ("AIIM") with assets of USD 2.4 billion under management, now contribute to bridging Africa's infrastructure gap.

Increasingly, African regional banks are also participating in the financing of infrastructure and energy projects and are gradually taking on a lead role on big-ticket projects. Between 2016 and 2021, African private banks financed some USD 8.9 billion in African energy projects, with the largest share of this financing – USD 5.7 billion – being provided by South African banks (including, Absa Group, Standard Bank Group and FirstRand).¹⁶ Standard Bank Group, for example, has committed to raising roughly USD 20 billion by 2026 to finance energy projects throughout Africa, around USD 3 billion of which will be allocated to transitioning to renewable energy.¹⁷ Nedbank, another South African bank, has likewise been involved in some of the major power generation projects in Africa, including the Bujagali Hydro Project in Uganda, a hydroelectric power station that harnesses energy from the Bujagali Falls near Lake Victoria; the 310 MW Lake Turkana Wind Power project in Kenya; and the Amandi Project, a 203 MW combined cycle gas turbine independent power project in Ghana.¹⁸

14. African Centre for Cities, University of Cape Town, Alfred Herrhausen Gesellschaft, *Infrastructure financing in Africa: Overview, research gaps and research agenda*, August 2021, p. 10, available at (https://www.africancentreforcities.net/wp-content/uploads/2021/08/AH_SUSINFRA_report_1809.pdf); African Development Bank Group, *Dakar Financing Summit: African Development Bank is lead financier of PIDA infrastructure projects*, 17 February 2023, available at (<https://www.afdb.org/en/news-and-events/dakar-financing-summit-african-development-bank-lead-financier-pida-infrastructure-projects-59085>).

15. International Monetary Fund – African Department, *Evolving Banking Trends in sub-Saharan Africa, Key Features and Challenges*, Mauro MECAGNI, Daniella MARCHATTINI and Rodolfo MAINO, September 2015, p. 30, available at (<https://www.imf.org/external/pubs/ft/dp/2015/afr1508.pdf>).

16. BankTrack, *Locked Out of a Just Transition, Fossil Fuel Financing in Africa*, 3 March 2022, pp. 28-29, available at (https://www.banktrack.org/download/locked_out_of_a_just_transition_fossil_fuel_financing_in_africa/07_md_banktrack_fossil_fuels_africa_rpt_hr_1.pdf).

17. Africa Business Communities, *Standard Bank Group invests R50 billion on renewable energy projects*, 24 November 2022, available at (<https://africabusinesscommunities.com/banking-and-finance/news/standard-bank-group-invests-r50-billion-on-renewable-energy-projects/>); Bloomberg UK, *Standard Bank to Raise \$20 Billion to Fund Green Projects*, 16 March 2022, available at (<https://www.bloomberg.com/news/articles/2022-03-16/biggest-african-bank-to-raise-20-billion-to-fund-green-projects?leadSource=uverify%20wall>).

18. Energy Finance, Nedbank Corporate and Investment Banking, last accessed on 6 March 2023, available at (<https://www.nedbank.co.za/content/nedbank/desktop/gt/en/corporates/financing/infrastructure-energy-and-telecomms.html>).

II. Potential drivers of disputes in the African banking industry

A. Disputes arising out of banking regulators' actions

In response to the changing banking landscape, the regulatory and oversight regimes across the continent stepped up efforts to guarantee the resilience of the banking sector. However, regulatory action has developed unevenly across the continent. For example, some countries – including South Africa, Mauritius, and Kenya – adhered to and implemented without much difficulty the recommendations of the 'Basel Committee on Banking Supervision' on banking and financial regulations concerning capital risk, market risk, and operational risk (popularly also known as the Basel Accords). In other countries, such as Angola, Guinea and the Democratic Republic of Congo, the process has been slower and remains incomplete.¹⁹

Mobile payment services have posed unique challenges to regulators and prompted contrasting approaches. The Central Bank of Kenya, the Kenyan regulator, allowed Safaricom, a mobile network operator, to operate its mobile payment company M-PESA, without a banking license. The Central Bank of Kenya's reasoning in this respect was that M-PESA's operational income and working capital were held in a separate account at the Commercial Bank of Kenya and not by Safaricom. For this reason, M-PESA was granted a license to operate as a mobile money business and, therefore, is not regulated as a bank.²⁰

In contrast, the Central Bank of Ghana, the Ghanaian regulator, initially licensed the telecommunications companies, that provided mobile payment services, as agents of financial institutions. The Central Bank of Ghana subsequently decided instead to ease restrictions and allow the mobile money market to grow in a liberalized environment. In that context, in July 2009, South Africa's MTN, the largest telecommunications service provider in Ghana, partnered with nine banks to launch mobile money services. In 2015, the Central Bank of Ghana decided to open up this market even further and gave telecommunications companies the right to issue mobile money accounts without the obligation to link each mobile money account to a bank account. There are now several mobile money companies and fintech services operating in Ghana as a result of the regulator's efforts to encourage competition.²¹

In Nigeria, telecom network operators are not permitted to operate mobile money. Under the Nigerian regulatory framework, only licensed operators can provide mobile money services. The required license is restricted to banks and

19. International Monetary Fund – African Department, *Evolving Banking Trends in sub-Saharan Africa, Key Features and Challenges*, Mauro Mecagni, Daniella Marchattini and Rodolfo Maino, September 2015, p. 28, available at (<https://www.imf.org/external/pubs/ft/dp/2015/afr1508.pdf>).

20. CIO, *Explosion of data causes tech and legal challenges for African banking*, 29 September 2021, available at (<https://www.cio.com/article/189336/an-explosion-of-data-brings-tech-legal-challenges-to-african-banking.html>).

21. Carnegie Endowment for International Peace, *Digital Financial Inclusion and Security: the Regulation of Mobile Money in Ghana*, Nnenna Ifeanyi-Ajufo, 19 September 2022, available at (<https://carnegieendowment.org/2022/09/19/digital-financial-inclusion-and-security-regulation-of-mobile-money-in-ghana-pub-87949>).

other financial institutions, which excludes telecom network operators.²² The policy objective behind this approach is for the Central Bank of Nigeria to have full control of monetary policy operations, direct supervisory authority over mobile payment services, minimise risks and ensure that the offerings of financial services are driven by licensed organisations under its regulatory purview.²³

Such dissimilar regulatory frameworks for the regulation of mobile money services, combined with the acceleration of cross-border banking activities, can create fertile ground for tensions to rise between banks, telecom companies and regulators. The situation in Ethiopia, a country that only very recently opened its telecommunications sector to foreign operators and is currently considering similar reforms in the banking sector, serves as a case in point.

In May 2022, a consortium led by Kenya's Safaricom, and which included Vodacom and Vodafone, was granted a telecom licence allowing the consortium to provide mobile telecommunication services in Ethiopia. Although Safaricom's objectives in Ethiopia included the roll out of mobile payment services, this has not been possible yet under the consortium's telecom license. The National Bank of Ethiopia, the country's banking regulator, refused to license M-PESA Ethiopia as a financial institution on the grounds that M-PESA is a payment facilitator that does not provide savings and lending services and, therefore, cannot qualify as a banking entity. Instead, the National Bank of Ethiopia required M-PESA and Safaricom to obtain two separate telecom licences, to which Safaricom vehemently objected.²⁴ Meanwhile, Telebirr, the subsidiary of the State telecom monopoly Ethio Telecom that provides mobile payment services, commenced its operations in May 2021. Recognizing that this state of affairs is not sustainable, a proposed directive of February 2023 of the National Bank of Ethiopia is considering the framework under which mobile payment licences can be granted to foreign telecom operators.²⁵

That the banking industry in Africa, as elsewhere, will necessitate and generate a continuously expanding regulatory framework cannot come as a surprise. This reflects the banking sector's critical role in furthering sustainable development. However, the challenge for banking regulators is to strike a balance between legitimate regulatory interests and actions that might be perceived as illegitimate. As M-PESA's situation in Ethiopia shows, banking regulators must avoid being perceived by foreign investors as acting in a discriminatory or arbitrary manner.

22. Central Bank of Nigeria, *Regulatory Framework for Mobile Money Services in Nigeria*, July 2021, p. 3, available at (<https://www.cbn.gov.ng/Out/2021/CCD/Framework%20and%20Guidelines%20on%20Mobile%20Money%20Services%20in%20Nigeria%20-%20July%202021.pdf>); Idongesit Williams, *Regulatory frameworks and implementation patterns for Mobile Money in Africa: The case of Kenya, Ghana and Nigeria*, Ghana CMI/ GTUC Conference, May 2013, available at (https://www.researchgate.net/publication/236863291_Regulatory_frameworks_and_Implementation_patterns_for_Mobile_Money_in_Africa_The_case_of_Kenya_Ghana_and_Nigeria).

23. Central Bank of Nigeria, *Regulatory Framework for Mobile Money Services in Nigeria*, July 2021, p. 4, available at (<https://www.cbn.gov.ng/Out/2021/CCD/Framework%20and%20Guidelines%20on%20Mobile%20Money%20Services%20in%20Nigeria%20-%20July%202021.pdf>).

24. The Reporter, *Confusion reigns over payment system reform*, 19 November 2022, available at (<https://www.thereporterethiopia.com/27995/>).

25. The East African, *Ethiopia eyes \$150 million fee for Safaricom's M-Pesa entry*, 21 February 2023, available at (<https://www.theeastafrican.co.ke/tea/business/ethiopia-eyes-usd150m-m-pesa-entry-fee-4131916>).

If not, the risk is that African States could be held liable for improper regulatory activities of State agencies pursuant to a multilateral or bilateral investment treaty. The ICC Commission Report on Financial Institutions and International Arbitration notes that the “*number of investment arbitration claims of this nature continues to grow*”.²⁶ For example, in January 2018, a Mexican shareholder of Spain’s former Banco Populare commenced arbitration against Spain under the bilateral investment treaty between Mexico and Spain. The dispute concerned the sale of Banco Populare to its rival Santander for one euro following Banco Populare’s collapse and restructuring. The shareholder, who was seeking over USD 550 million in damages, claimed that Spanish regulators had approved the sale and determined it was in the ‘public interest’ without first considering alternative solutions that would have averted a distressed sale.²⁷

Similarly, in 2022, an UNCITRAL tribunal dismissed a USD 300 million treaty case against Lithuania brought by a Russian fund, shareholder of, at the time, Lithuania’s fifth-largest bank, Bankas Snoras. Lithuania had taken steps to nationalise Bankas Snoras on the grounds that it was nearing insolvency as a result of criminal activity involving one of the bank’s Russian shareholders. The fund was alleging that the decision to nationalise Bankas Snoras was politically motivated.²⁸ Although these examples concern banks located and operating outside of Africa, they provide an indication of the type of arbitrations that the activities of African banks might give rise to.

B. Disputes arising out of banks’ commercial transactions

Against the backdrop of continuous liberalisation of the banking sector, growing competition, and disruptions to traditional banking activities, as illustrated by the growth of mobile payment providers, further consolidation will take place, both within and across borders in Africa. Smaller banks will need to scale up to create viable business models and survive. It is expected that within the West African Economic and Monetary Union, where the process of implementing the Basel Accords (Basel II/Basel III rules) is underway, stricter minimum capital requirements will force inadequately capitalised banks to merge.²⁹ Larger banks will make strategic acquisitions to benefit from economies of scale and build

26. ICC Task Force on Financial Institutions and International Arbitration, *Supplement Financial Institutions to the Financial Institutions and International Arbitration – ICC Arbitration & ADR Commission Report*, 2018, ¶ 33, available at (https://library.iccwbo.org/content/dr/COMMISSION_REPORTS/CR_0050_Supplement.htm?11=Commission+Reports). (The Commission Report was published on 9 November 2016.)

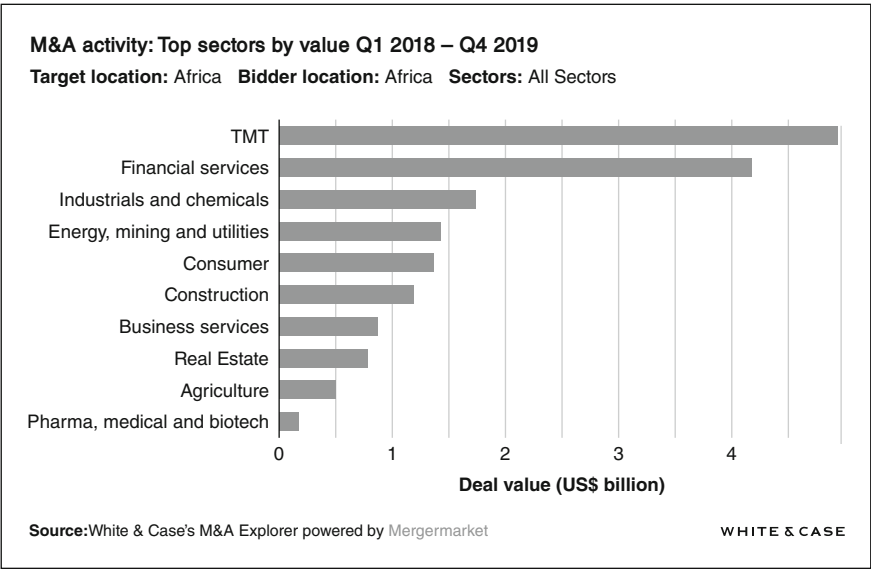
27. Global Arbitration Review, *Spain Faces Treaty Claim Over Handling of Bank Sale*, 26 February 2018, available at (<https://globalarbitrationreview.com/article/spain-faces-treaty-claim-over-handling-of-bank-sale>); Antonio del Valle Ruiz et al. v. Kingdom of Spain, PCA Case No. 2019-17.

28. Global Arbitration Review, *Lithuania Defeats Claim Over Bank Nationalisation*, 12 July 2022, available at (<https://globalarbitrationreview.com/article/lithuania-defeats-claim-over-bank-nationalisation>); *Fund for Protection of Investors’ Rights in Foreign States v. The Republic of Lithuania*, PCA Case No. 2019-48, Award dated 1 July 2022.

29. The Making Finance Work for Africa Partnership, *Further Merger-Acquisition Plans expected to consolidate the banking sector in sub-Saharan Africa over the next two years*, Ecofin Agency, 11 July 2019, available at (<https://www.mfw4a.org/news/further-merger-acquisition-plans-expected-consolidate-banking-sector-sub-saharan-africa-over>).

resilience. In Kenya, for example, several banks are looking to acquire smaller banks in neighbouring countries such as Uganda and Rwanda. Meanwhile, international banks are looking at Nairobi as a platform to expand regionally.³⁰ African banks will also look to acquire assets in the fintech space to expand their technological capabilities.

As illustrated by White & Case’s M&A Explorer, in the two years that preceded the outbreak of the Covid-19 pandemic, M&A transactions in the financial services sector in Africa – specifically, African acquirers of African financial institutions – were one of the busiest sectors in deal value terms over that period, second only to the Technology, Media, and Telecom (“TMT”) sector.³¹



Historically, the banking industry globally has not favoured the use of arbitration to resolve disputes relating to banking activities, instead leaning heavily on litigation in national courts for such disputes.³² This unease with arbitration seems limited to banking activities, however. Indeed, banks seem readily to accept arbitration clauses in transactions relating to their commercial activities, e.g. the acquisition of other banks or bank segments, which in turn causes banks to become involved in arbitrations when disputes arise. Several recent cases illustrate the point.

30. The Africa Report, *Kenya’s crowded banking sector is ripe for consolidation, analysts say*, 12 May 2021, available at (<https://www.theafricareport.com/87723/kenyas-crowded-banking-sector-is-ripe-for-consolidation-analysts-say/>).

31. White & Case M&A Explorer, *M&A activity: Top sectors by value Q1 2018 – Q4 2019*, Target location: Africa; Bidder location: Africa; and Sectors: All, available at (<https://mergers.whitecase.com/>).

32. ICC Task Force on Financial Institutions and International Arbitration, *Financial Institutions and International Arbitration – ICC Arbitration & ADR Commission Report*, 9 November 2016, ¶ 4, available at (<https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/11/icc-financial-institutions-and-international-arbitration-icc-arbitration-adr-commission-report.pdf>).

In 2019, a Mexican bank, Accendo Banco initiated an ICC arbitration against Deutsche Bank, seeking specific performance of a purchase agreement for Deutsche Bank's Mexican banking operations alleging that Deutsche Bank had wrongly refused to consummate the deal and was thereafter attempting to sell its operations to another bidder. Accendo also obtained an *ex-parte* injunction from the Mexican courts to stop Deutsche Bank's sale (in contrast to the provisions of the Purchase Agreement). Deutsche Bank strongly objected to the *ex-parte* injunction and sought an order from the District Court for the Southern District of New York, to restrain Accendo from enforcing such injunction in aid of the correct forum, *i.e.*, the ICC arbitration where Deutsche Bank was claiming that Accendo misrepresented its financial position, and breached several covenants of the purchase agreement, including covenants relating to Accendo's communications with Mexico's banking regulators.³³

Within Africa itself, a recently reported case provides an example of an African central bank agreeing to arbitration in its commercial dealings with a service provider. In 2016, Ghanaian telecoms company Sibton Switch ("Sibton") signed a contract worth around USD 835 million with the Bank of Ghana, which granted Sibton exclusive rights to build and operate a system to make all retail payment systems in Ghana interoperable. The contract provided for determination of any dispute by arbitration conducted in accordance with the LCIA Rules. Two years later, the Bank of Ghana terminated the contract on the grounds that Sibton had not acquired the necessary licence and that the contract was corruptly procured, resulting in unfair terms and a grossly inflated price. In July 2021, an LCIA tribunal dismissed Sibton's claim after the company failed to post security for costs.³⁴

With the increase of transactions between banks and other financial institutions or commercial parties, the potential for a growing number of disputes coming from those transactions increases also.

C. The potential for banks' involvement in disputes arising out of infrastructure and power projects in sub-Saharan Africa

As noted, banks' preference for national courts over arbitration to resolve disputes relating to banking activities is an open secret. However, empirical studies show that project finance is the banking activity for which international banks and development finance institutions are more willing to consider international arbitration.³⁵ Project finance is a financing method for long-term infrastructure,

33. Global Arbitration Review, *Deutsche Bank Seeks Injunction Over Failed Mexican M&A*, 19 September 2019, available at (<https://globalarbitrationreview.com/article/deutsche-bank-seeks-injunction-over-failed-mexican-ma>); Global Arbitration Review, *Deutsche Bank wins injunction in Mexican asset sale dispute*, 21 October 2019, available at (<https://globalarbitrationreview.com/article/deutsche-bank-wins-injunction-in-mexican-asset-sale-dispute>); Accendo Banco, S.A. v. Deutsche Mexico Holdings et. al., ICC Case No. 24738/MK (EA), Order dated 14 October 2019, available at (<https://jsumundi.com/en/document/decision/en-accendo-banco-s-a-institution-de-banca-multiple-v-deutsche-mexico-holdings-s-a-r-l-suddeutsche-vermogensverwaltung-gmbh-deutsche-bank-aktiengesellschaft-cayman-islands-branch-order-monday-14th-october-2019>).

34. Global Arbitration Review, *Ghana's central bank sees off LCIA claim*, 25 August 2021, available at (<https://globalarbitrationreview.com/ghanas-central-bank-sees-lcia-claim>).

35. ICC Task Force on Financial Institutions and International Arbitration, *Financial Institutions and International Arbitration – ICC Arbitration & ADR Commission Report*, 9 November 2016,

public services, and energy projects whereby debt and equity used to finance the project are paid back from the cash flow generated by the project, with no or limited recourse to the investors in the project.

International arbitration finds favour in ‘financed’ projects because they often involve assets that are located in jurisdictions, which are perceived by banks as lacking a strong and independent judicial system capable of handling disputes that might arise out of such deals. This makes international arbitration an attractive and credible alternative to litigation in such jurisdictions, and to litigation before the oft-used courts of the major financial centres such as London, New York, or Hong Kong.

As a result, banks increasingly resort to international arbitration when their investments in such projects are affected by government actions. For example, in January 2020, a German bank, Hamburg Commercial Bank AG, initiated an ICSID arbitration against Italy. The dispute, which is still pending, relates to the alleged expropriation of a wind farm financed by a EUR 230 million loan provided by the bank.³⁶

Another example, which seems to have opened the door for more claims by banks in relation to large scale projects is the decision on jurisdiction issued on 20 August 2020 (which has not yet been published), where an ICSID tribunal determined that the project finance provided by Portigon, a German financial services company (formerly WestLB), constitutes a protected investment under the Energy Charter Treaty (“ECT”) and the ICSID Convention. Consequently, Portigon was permitted to bring claims for losses allegedly resulting from changes in 2013-2014 to Spain’s renewable energy incentive system.³⁷ Portigon had commenced arbitration against Spain on the ground that the changes to Spain’s regulatory framework had adversely affected the cash flows from the projects financed by the project lender’s facilities, impairing their creditworthiness and thus the value of the financing. The tribunal held that there was a direct connection between the project financing – *i.e.*, the protected investment – and the dispute concerning Spain’s changes to its regulatory framework. This decision marks the first instance where an investor-State tribunal has ruled that project finance provided to a project company, without a direct legal relationship with the host State, is a protected investment under an investment treaty. The case is currently pending.

As African banks increasingly take on an active role in arranging and providing finance for infrastructure and energy projects, the question arises as to whether these banks will show greater inclination than their international counterparts to use arbitration as their preferred dispute resolution method. There is reason to believe that they will.

Projects in which international banks have a lead role in arranging and providing financing often provide for English law as the governing law of the

¶ 103, available at (<https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/11/icc-financial-institutions-and-international-arbitration-icc-arbitration-adr-commission-report.pdf>).

36. Hamburg Commercial Bank AG v. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/20/3, available at (<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/1051/hamburg-commercial-bank-v-italy>).

37. Portigon AG v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/17/15, available at (<https://www.italaw.com/cases/5925>).

associated financing agreements. This, in addition to the actual and perceived advantages of English courts, has contributed to establishing English courts as the natural or default forum for banks to resolve disputes that arise under these financing agreements. However, if African development and regional banks continue to take a lead role in the financing of large-scale projects, and whether such banks continue to agree to English law as the governing law of the financing agreements or opt for a different law, international arbitration is likely to emerge as the more neutral and acceptable dispute resolution method in the eyes of all involved parties.

African Banks could be tempted to look inward and consider courts in Africa as an alternative to English courts. The reality, however, is that although the rule of law and the independence of the judiciary have progressed across Africa, African courts have not yet garnered enough confidence to convince users within and outside Africa to entrust them with the determination of complex and multi-jurisdictional disputes. Against this background, arbitration appears as the only credible dispute resolution method. A further indication of the African banking sector's favourable disposition towards arbitration is that, unlike certain western banks, African banks do not seem to preclude the use of arbitration in their policies, nor do they otherwise display categorical opposition to arbitration. This author is not aware of any empirical or anecdotal evidence suggesting the opposite. It seems reasonable, therefore, to reach the preliminary view that African banks are leaving open the possibility of international arbitration playing an important role in the resolution of disputes in which they will be involved.

Conclusion

As banks in sub-Saharan Africa enter the next stage of their development path, they will, among other things, seek to expand their activities beyond traditional banking, increasingly engage with other financial services industries, accelerate technology adoption to reduce operation costs and diversify banking services, face intensifying competition both from within and outside Africa, navigate mounting regulations. In short, in their role as indispensable enablers of economic growth, African banks will gradually be involved in most drivers of economic activity and, as part of that process, engage with various economic stakeholders, including partners, competitors and regulators. With that inevitably comes the potential for growing disputes, which the undersigned believes will be resolved primarily by way of international arbitration. In fact, African banks seem well positioned to accelerate the adoption of arbitration as a dispute resolution means by the banking industry and the broader financial sector. Western banks and commercial courts in the major financial centres seem to have become old couples, often reluctant to part company. Recent innovations in international arbitration to address its actual or perceived limitations for financial disputes seem to have limited success in swaying banks in the western world. By contrast, the banking industry in Africa is at an early stage of its development and has not yet developed any entrenched habits regarding the resolution of disputes. It is therefore open to players in that

space and their legal advisors to capitalise on the flexibility that arbitration offers to devise bespoke tools – including arbitration clauses, arbitration rules or even arbitration centres – that cater to the specific needs of the banking and finance sector. African banks might thus well be able to push the sector's doors – now only ajar – wide open to arbitration.

Rédacteurs en chef
Editors in Chief

Charles Kaplan
Charles Nairac

Secrétaire de rédaction
Assistant Editor

Priscille Pedone

Comité scientifique
Advisory Committee

John Beechey
Yves Derains
Ibrahim Fadlallah
Juan Fernández-Armesto
Fabien Gélinas
Alexandre Job
Emmanuel Jolivet
Serge Lazareff
Pierre Mayer
Salim Moollan
William W. Park
Philippe Pinsolle
Luca Radicati di Brozolo
Eduardo Silva-Romero
Guido Santiago Tawil

Comité de rédaction
Editorial Committee

Christian Camboulive
Thomas Clay
Louis Degos
Romain Dupeyré
Laurence Kiffer
Gaëlle Le Quillec
Laurent Lévy
Fernando Mantilla Serrano
Alexis Mourre
Priscille Pedone
Andrea Pinna
Michael Polkinghorne
José Rosell
Christophe Seraglini
Éric Teynier
Rory Wheeler

Fondateur
Founder

Alexis Mourre

Administration / Management

Les Cahiers de l'Arbitrage • The Paris Journal of International Arbitration
Revue éditée par Lextenso
La Grande Arche La Défense – 1, Parvis de La Défense – 92044 Paris – La Défense Cedex
Tél. : 01 40 93 40 00
Directrice générale, Directrice de la publication : Emmanuelle Filiberti
Assistante d'édition : Sylvie Mauzen
sylvie.mauzen@lextenso.fr
ISSN : 2107-5387
Revue trimestrielle – Dépôt légal : à parution

Abonnement / Subscription

Tél. : 01 40 93 40 40
abonnements@lextenso.fr
Tarif France 2023 : 480,03 € TTC (455 € HT)
Tarif Étranger 2023 : 523 €
Prix au numéro France : 128,71 € TTC (122 € HT)
Prix au numéro Étranger : 140,30 €

BoutiqueLextenso



www.boutique-lextenso.fr



Pour vous abonner à **plus de 20 revues Lextenso**, commander **des numéros**, la collection des **Réflexe**, de nombreux **guides**...



Gérer **tous vos abonnements** et **factures** relatifs à l'ensemble des produits & services Lextenso !



Paiement
100% sécurisé



Expédition sous 24h
(jours ouvrés)



Abonnements aux
revues payables par
mensualités



Service client
à votre écoute

Imprimé en France. - Dupliprint Mayenne, 733, rue Saint Léonard, 53101 Mayenne Cedex

N° 2985796A - Dépôt légal : à parution

Imprimé sur des papiers produits en Pologne (couverture, 0 % de fibres recyclées)
et en Allemagne (intérieur, 100 % de fibres recyclées), issus de forêts gérées
durablement ; impact gaz à effet de serre pour un exemplaire : 1091 g éq. CO₂



Éditorial par Charles KAPLAN, Charles NAIRAC et Laurence KIFFER

Numéro Spécial Afrique / Africa Special Issue

- *A Brief History of International Arbitration in Africa*, by Ndanga KAMAU
- *Retour sur l'africanisation de l'arbitrage*, par Sally EL SAWAH
- *The Rising Profile of Investment Arbitration in Africa*, by Funke ADEKOYA SAN
- *Perspectives de développements des MARD dans l'espace OHADA à l'aune de la ZLECAF – Réflexions*, par Marie-Andrée NGWE
- *Sur les dangers de l'installation du siège d'un tribunal arbitral sous l'égide de la CCJA en dehors de l'espace OHADA*, par Mahutodji Jimmy Vital KODO
- *Panorama de la jurisprudence de la Cour commune de justice et d'arbitrage en droit de l'arbitrage : années 2021 et 2022*, par Darly-Aymar DJOFANG
- *Sub-Saharan African Courts Decisions on the Challenge of Arbitrators*, by Emilia ONYEMA
- *Indépendance et impartialité de l'arbitre en droit de l'OHADA*, par Joachim BILE AKA
- *La nouvelle loi marocaine sur l'arbitrage et la médiation de 2022 (loi 95-17)*, par Othmane SAADANI
- *Confidentiality of arbitrations in South Africa – Towards (or away from) implied confidentiality?*, by Michelle PORTER-WRIGHT and Wihan MEINTJES
- *Insolvency and arbitration under Mauritius law: an unfriendly relationship in search of certainty*, by Anne-Sophie JULLIENNE
- *L'arbitrage des différends relatifs aux activités minières dans l'espace OHADA*, par Mouhamed KEBE
- *The Changing Landscape of Banking Activities in sub-Saharan Africa: What This Means for International Arbitration*, by Tsegaye LAURENDEAU



9 782275 117492

Revue trimestrielle
 ISBN : 978-2-275-11749-2
 ISSN : 2107-5387
www.lgdj-editions.fr

Prix au numéro :
 France : 128,71 €
 Étranger : 140,30 €